

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
المعهد العالي للقضاء
قسم السياسة الشرعية
شعبة الأنظمة

المسؤولية العقدية للمحكم

دراسة مقارنة

بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية .

إعداد

عبدالرحمن بن عبدالله بن سليمان العجلان

إشراف

أ.د. زيد بن عبدالكريم الزيد

العام الجامعي

١٤٢٨ـ ١٤٢٩هـ

ملخص رسالة ماجستير

بعنوان

المسؤولية العقدية للمحكِّم

بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية من المعهد العالي للقضاء

إعداد

الطالب: عبدالرحمن بن عبدالله بن سليمان العجلان

العام الجامعي

١٤٢٨هـ

ملخص باللغة العربية

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد :

يتلخص هذا البحث كما يلي:

فيما يتعلق بالتمهيد: فقد تحدثت فيه عن المسئولية العقدية و عن التحكيم والمحكّم وجملة القول فيه تتجلى في النقاط التالية:

١- المسؤولية العقدية: وهي لغةً تعني المطالبة والمحاسبة والمجازاة.

أما في الاصطلاح فهو على شقين :

الشق الأول: الاصطلاح الفقهي وهو على نوعين:

النوع الأول: تعريف الفقهاء المتقدمون: وجاء تعريفهم لها بأنها:"ضمان البائع الثمن للمشتري عند المطالبة والمؤاخذة، أو هي: التزام برد الثمن أو عوضه" .

النوع الثاني: تعريف الفقهاء المتأخرون: وجاء تعريفهم لها بأنها:"شغل الذمة بحق مالي للغير جبراً للضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد أو الإخلال بشروطه" .

الشق الثاني: الاصطلاح النظامي: حيث تعرف بأنها: " جزاء الإخلال بتنفيذ التزام ناشئ عن العقد أياً كانت صورة هذا الجزاء".

٢-التحكيم وهو في الاصطلاح له جانبان :

الجانب الأول: الجانب الفقهي:حيث يعرف بأنه: "تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما"

الجانب الثاني: الجانب النظامي:"مكنة الأطراف في إقصاء منازعاتهم عن قضاء الدولة واختيار الخصوم لقاضيهم" ، والتحكيم جائز في جميع الحقوق التي يملك الأفراد التصرف فيها كالحقوق الخاصة من بيع ونحوه ، لأنه حق شرح لمصلحته وله الخيار في إنشائه أو إسقاطه.

٣-المحكّم ويعرف بأنه : الحاكم الذي يتخذه الخصمان حاكماً برضاهما للفصل في خصوماتهما ودعواهما على الوجه الشرعي.

أما فيما يتعلق بالفصل الأول فقد بينت فيه الأحكام المتعلقة بالمحكّم وجاء الكلام فيه على النحو التالي:

١- طبيعة علاقة المحكّم بالخصوم

التكييف الراجح لطبيعة علاقة المحكّم بالخصوم من ناحية فقهية هي كما يلي :

أ- إذا تم تعيين المحكَّم من قبل القاضي ، فيرى الفقهاء – رحمهم الله – أن المحكَّم في هذه الحالة يعتبر نائباً عن القاضي في فصل الخصومة ، لأن تدخل القاضي في تولية الحكم يضفي على الحكم سلطة لا يكتسبها بمجرد التحكيم ، وإنما يكتسبها من قبل الإمام .

ب- أما إذا تم تعيين المحكَّم من قبل الخصوم فأرجح التكييفات الفقهية هو تكييفه على أنه عقد جعالة ، وذلك لأن عمل المحكَّم فيه جهالة ،وهي تصح مع الجهالة بالعمل ، ولا يلزم
تحديد مدة معلومة له ، والجهالة واللزوم متنافيان لا يجتمعان ، كما أن العقد المطلق غير المحدد بوقت لا يكون لازماً ، وكل هذه الأحكام المتحققة في عقد الجعالة تتناسب وطبيعة عقد التحكيم .

أما التكييف الراجح لطبيعة علاقة المحكَّم بالخصوم في النظام : فهو تكييفه على أنه عقد من نوع خاص يتميز عن سائر العقود ، وهذه العلاقة وإن كانت تخضع للقواعد التي تنطبق على سائر العقود إلا أن ذلك لا ينفي أن لعقد التحكيم سماته الخاصة المستمدة من طبيعته ويخضع لقواعد خاصة به وضعها المنظم في نظام التحكيم ، ولا حاجة لمسايرة ما هو شائع والانضمام إلى محاولات تكييف العلاقة بقواعد تخص عقداً آخر كعقد الوكالة أو العمل أو نحو ذلك ، فهو عقد مسمى من عقود القانون الخاص ، يستفيد من القواعد المنظمة للعقود في مراحل تكوينه ، كما أنه يستفيد من قواعد التقاضي أثناء العملية التحكيمية.

٢- **التزامات المحكَّم** : يلتزم المحكَّم بجملة من الالتزامات وهي كالتالي :

أولاً : التزامات قبل الشروع في مهمة التحكيم وهي كما يلي :

أ- الالتزام بالكشف عن الظروف التي تثير شكوكاً في استقلاله.

ب- الالتزام بتوثيق التحكيم ، وهو ما يعرف في النظام بالالتزام بقبول التحكيم كتابةً.

ثانياً : التزامات عند مباشرة مهمة التحكيم وهي كالتالي :

أ- الالتزام بالنطاق الموضوعي للتحكيم ، وذكرت أن للفقهاء في هذه المسألة اتجاهين :

الاتجاه الأول : يرى جواز التحكيم في كل شيء وهو مذهب الحنابلة وبعض الشافعية

والاتجاه الثاني : يرى جواز التحكيم في الأموال وما في معناها مما يجوز بذله والعفو عنه والصلح عليه ، ومنعوه في العقوبات مطلقاً ، وهو قول لبعض الحنفية ، والمذهب عند المالكية ، ووقع الاختلاف بين أصحاب هذا الاتجاه فيما عدا ذلك ، كالنكاح والطلاق والنسب واللعان ، فمنعه المالكية وبعض الشافعية وأجازه بعض الحنفية ، وذكر بعض العلماء ضابط في مسألة الاختصاص ألا وهو : كل حق اختص به الخصمان جاز التحكيم فيه ونفذ حكم المحكَّم به .

ب- الالتزام بالفصل في النزاع القائم بين طرفي النزاع فقط .

ج- الالتزام بإدارة القضية وفقاً لأصول التقاضي .

د- الالتزام بعدم تفويض التحكيم أو السلطة المخولة له إلى الغير ، وإذا فوض المحكّم غيره بدون رضا الخصمين ابتداءً ، ورضي الخصمان بعد ذلك جاز ذلك ، لأن الإجازة اللاحقة هي بحكم الوكالة السابقة .

ثالثاً : التزامات في مرحلة إصدار الحكم وهي كالتالي :

أ- الالتزام بإصدار الحكم خلال المدة المحددة .

ب- الالتزام بتسبيب الحكم وإصداره وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية .

ج- الالتزام بتوثيق الحكم وإيداعه ، وتصحيح ما وقع فيه من أخطاء مادية .

رابعاً : التزامات عامة وهي كما يلي :

أ- الالتزام بالسرية .

ب- الالتزام بالمحافظة على ما تحت يده من مستندات تخص الخصوم وتتعلق بموضوع النزاع .

ج- التنحي عن القضية عند حصول موجبه .

٣- سلطات المحكّم : يتمتع المحكّم بجملة من السلطات وهي كما يلي :

أولاً : **في الفقه** : فيتمتع المحكّم بجملة من السلطات ومن أهمها : سلطة سماع كامل الدعوى وله أن يطلب من الخصوم تحريرها ، كما أن له استجواب الخصوم عن كل ما يكتنفه الغموض ، كما أن له رد شهادة من لم تثبت عنده شهادته ، وله القضاء بالنكول والإقرار ، وقد اختلف الفقهاء في بعض السلطات : كسلطة إحضار الخصوم ، إلا أن الرأي الراجح هو الرأي الجمهور والذي يقضي بعدم جواز إجبار الخصوم على الحضور منعاً لخرق أبهة الولاية ، أو الافتيات على الإمام ، كما اختلفوا أيضاً في سلطته في تأديب من أساء في مجلسه ، والرأي الراجح جمعاً بين القولين: أن للحكم تأديب من أساء في مجلسه باللوم والتوبيخ فقط ، أما ما زاد عن ذلك فليس له ذلك منعاً لمضاهاة القاضي واختلفوا في الحكم بعلمه ، والرأي الراجح هو القول بعدم الجواز .

ثانياً : **في النظام** : يتمتع المحكّم بجملة من السلطات التي نص عليها النظام وهي كالتالي :

أ- سلطة تحديد ميعاد الجلسات ، وسلطة طلب حضور الخصوم .

ب- سلطة ضبط الجلسة وإدارتها ، وتوجيه الأسئلة إلى المحتكمين أو الشهود ، و إخراج من يخل بنظام الجلسة .

ج- للمحكَّم سلطة إلزام الخصوم بتقديم ما تحت أيديهم من مستندات منتجة في الدعوى، وهذه السلطة ليست مطلقة بل مقيدة بشروط نص عليها النظام .

د- للمحكَّم سلطة في اتخاذ وسائل التحقيق المناسبة والتي يرى أن لها تأثيراً في سير الدعوى كما أن له سلطة في الاستعانة بالخبراء ، وله أيضاً سلطة في تحديد ميعاد صدور الحكم، وإعادة فتح باب المرافعة بعد قفله إذ اقتضى الأمر ذلك .

٤- **رد المحكَّم** : يرد المحكَّم للأسباب ذاتها التي يرد بها القاضي ، فلا يجوز حكم المحكَّم بما فيه تهمة.

٥- **رقابة القضاء على أعمال المحكَّم:** لقد تم إقرار مبدأ الرقابة على أعمال المحكَّم ، لكن اختلف الفقه عن النظام في آلية التطبيق حيث أن الفقه الإسلامي يقر بمبدأ الرقابة اللاحقة، والتي تتعلق بالحكم من ناحية موضوعية ومن ناحية إجرائية ،أما النظام فإنه يقول بمبدأ الرقابة السابقة واللاحقة على أعمال المحكَّم.

٦- **الخلاف حول تقرير مسؤولية المحكَّم:** الذي يترجح في مسألة مسؤولية المحكَّم ، هو القول بإقرار مسؤولية المحكَّم وعدم حصانته ضد دعاوى المسؤولية ، وهذا الرأي يتوافق وطبيعة عمل المحكَّم ويساعده على الانضباط أثناء القيام بعمله ، وعليه فإن شرط الإعفاء من المسؤولية يعد شرطاً باطلاً.

وفيما يتعلق بالفصل الثاني: فقد تحدثت فيه عن أركان مسؤولية المحكَّم وقد جاء الكلام فيها على النحو التالي:

١- **ركن الخطأ:** المعيار الراجح في قياس خطأ المحكَّم هو المعيار الموضوعي القائم على طبيعة الفعل ذاته وهو الفعل الغير معتاد، وذلك لأنه أكثر سهولة من حيث التطبيق من المعيار الشخصي.كما أن درجة خطأ المحكَّم هي إقرار مسؤوليته عن جميع الأخطاء التي قد تقع منه كفرد عادي ، لأنه لا محل لاشتراط جسامة معينة في خطأ المحكَّم طالما يشكل فعله انحرافاً عن السلوك المألوف ، وهذا الخطأ يأخذ صوراً عدة ووفق أي مرحلة من مراحل التحكيم . ويقع عبء إثباته على المدعي ، وله إثبات ذلك بكافة وسائل الإثبات

٢- **ركن الضرر:** يتمثل ضرر المحكَّم بالغير ،بالضرر المادي والذي يمس مصلحة مالية مشروعة للمتضرر وبالضرر المعنوي والذي يحدث في حالة إفشاء المحكَّم لأسرار الخصوم ، كما يعد من قبيل الضرر المعنوي ، الشعور بالألم والإحباط جراء خسارة القضية بسبب خطأ المحكَّم ، كما يعد تفويت الفرصة ضرراً ، متى ما ثبت أن فقدان المال كان بسبب ضياع الفرصة ، وتم التأكد من أن الفرصة كانت مؤكدة لكسب المتضرر للمال ، لولا ضياعها بسبب خطأ المحكَّم ، ويشترط في ضرر المحكَّم

أن يكون ضرراً شخصياً ، وأن يكون ناتجاً عن المساس بمصلحة مشروعة للمضرور ، وأن يكون مؤكداً ومحققاً ، ويقع عبء إثباته على المدعي .

٣- ركن العلاقة السببية: لا بد من توافر العلاقة السببية بين خطأ المحكَّم والضرر ، فإذا توافرت رابطة السببية بين خطأ المحكَّم والضرر الناتج عنه فإنه يكون مسئولاً وتنشغل ذمته بالضمان ، أما إذا انقطعت رابطة السببية بأن تكون هناك قوة قاهرة ، أو خطأ المتضرر ، أو خطأ الغير أو كان السبب غير منتج أو غير مباشر، فإن المحكَّم لا يكون مسئولاً والحالة هذه. وللمحكَّم نفي علاقة السببية استناداً للسبب الأجنبي، وهو القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو خطأ المضرور، ويقع عليه عبء إثبات السبب الأجنبي.

وفيما يتعلق بالفصل الثالث: فقد تحدثت فيه عن آثار مسؤولية المحكَّم وجاء الكلام فيها على النحو التالي:

١- آثار مسؤولية المحكَّم في الفقه: يترتب على قيام مسؤولية المحكَّم في الفقه الجزاءات التالية: أ- زجر المحكَّم ونهيه عن العود لمثل ذلك .

ب- تأديب المحكَّم بما يراه الحاكم .

ج- النظر في مدى إنفاذ الحكم من عدمه .

د- تضمين المحكَّم من ماله بسبب أخطائه .

٢- آثار مسؤولية المحكَّم في النظام: يترتب على قيام مسؤولية المحكَّم في النظام الجزاءات التالية: أ – التعويض .

ب- رد المحكَّم وعزله .

ج- إنهاء مهمة التحكيم .

د- الحرمان من الأتعاب .

٣- الخلاف حول حصانة المحكَّم: فيما يتعلق بحصانة المحكَّم فإن الرأي الراجح هو: عدم حصانة المحكَّم من المسؤولية وذلك لما يلي:

أ- أن قياس المحكَّم على القاضي قياس مع الفارق ذلك أن القاضي يخضع للمسؤولية المدنية وفق قواعد خاصة، فقد رسمت حالات يسأل فيها القاضي مدنياً على خلاف الفرد العادي، وأيضاً رسمت إجراءات معينة لخصومة قضائية لا تخضع لكل القواعد العامة، تسمى بدعوى المخاصمة، إضافةً إلى أن مسؤولية القاضي هي مسئولية شخصية تقع على عاتق القاضي في مواجهة الخصم الذي أصابه ضرر، ويجوز

اختصام الدولة باعتبار القاضي تابعاً لها في نفس دعوى المخاصمة، وكل هذه القواعد والضمانات لا يستفيد منها المحكّم.

ب- ليس من العدل أن يُترك المحكّم ينعم بالمبالغ الباهظة التي تقضاها كأتعاب في مقابل التحكيم والتي تفرض عليه بحكم الواقع، مسلكاً حريصاً ومراعاة الثقة الشخصية التي أولاها له الخصوم، مما يعزز عدم منح الحصانة للمحكّم من دعوى المسؤولية عن الضرر الذي يلحق بالأطراف، ويؤكد فكرة المسؤولية للمحكّم كجزاء واقعي يعبر عن ضرورة احترام القيم الأخلاقية ويستجيب لنداء العدالة ويضمن سلامة مسلك المحكّم.

ج- مما هو معلوم أن المحكّم يتمتع بسلطات واسعة في خصومة التحكيم تفوق تلك التي يتمتع بها القاضي، قوامها ثقة الأطراف في عدله ونزاهته، وبمنح الحصانة لا يكون هناك ما يضمن عدالة المحكّم أو يحول دون استبداده ولا سيما أن تدخل السلطة القضائية لرقابة عملية التحكيم لا يتم إلا في نطاق محدود مراعاة للطابع الرضائي واحتراماً للسرية التي يتميز بها نظام التحكيم، مما يعزز القول برفض فكرة الحصانة للمحكّم، الأمر الذي يعزز العدالة الإجرائية ويحد من فوضى التسيب في العملية التحكيمية.

٤- المحكمة المختصة بنظر دعوى مسؤولية المحكّم: تختص المحاكم العامة بالنظر في دعوى مسؤولية المحكّم ، لأن مضمون الدعوى هو المطالبة بحق مدني ، مما يؤيد القول باختصاص المحاكم العامة بنظر الدعوى .

٥- الجزاءات القابلة للتطبيق على المحكّم دون رفع دعوى المسؤولية: بالإمكان تطبيق بعض العقوبات على المحكّم دون الحاجة لرفع دعوى بذلك و من هذه العقوبات: رد المحكّم وعزله وإنهاء مهمته وحرمانه من الأتعاب .

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة :

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونتوب إليه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه أجمعين أما بعد :

الإنسان مدني بطبعه ، يجتمع بغيره ويتعامل معه ومن طبيعة الحياة حصول المنازعات والخصام بين الناس فيها ،في علاقاتهم وتعاملاتهم، من أجل ذلك وجد القضاء الذي يهدف إلى الفصل في هذه الخصومات ومنع الظلم وإيصال الحقوق لأصحابها وبجانب القضاء شرع التحكيم وهو قضاء من نوع خاص ، وهذا النوع يعد من أقدم الوسائل التي عرفتها البشرية في فض المنازعات إلى جانب القضاء والصلح وقد تطور التحكيم بمرور الزمن إلى أن أصبح ظاهرة من ظواهر عصرنا الحديث ولقد عمدت الدول إلى تنظيم هذه الوسيلة كجزء من التنظيم القضائي العام فيها، ومن هذه الدول المملكة العربية السعودية والتي عرفته مذ تأسيسها انطلاقاً من مشروعيته في الإسلام حيث نص على ذلك أقدم نظام تجاري سعودي وهو نظام المحكمة التجارية الصادر في سنة ١٣٥٠هـ إلى أن صدر نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية في عام ١٤٠٣هـ كما صدرت اللائحة التنفيذية له في سنة ١٤٠٥هـ ، ومن ذلك الوقت ازدادت الحاجة إلى التحكيم نظرا للتطور السريع الذي مرت به الدولة، ولكثرة التعاملات وتعقدها وسعي أطراف النزاع فيها إلى إنهاء خلافاتهم بأسرع وقت وبشكل يحفظ أسرارهم وعلى يد متخصصين يملكون الخبرة في طبيعة النزاع ويتسمون بالعدالة والنزاهة ولذلك يعتبر المحكمَ هو حجر الأساس في نظام التحكيم وهو محور العملية التحكيمية ويناط به جملة من الشروط والالتزامات تجاه أطراف النزاع حتى يحقق الهدف المرجو منه بكل حيادية وأمانة وموضوعية

ونظرا إلى ما قد يصدر من المحكم ـ أثناء قيامه بواجباته وأعماله ـ تجاه أطراف النزاع من أخطاء وتصرفات قد تلحق الضرر في أحد أطراف النزاع الأمر الذي يترتب عليه قيام منازعات ومناقشات تصل إلى القضاء للفصل فيها وهنا يثور لدى كثير من المهتمين تساؤلات عن كيفية قيام مسؤولية المحكم عن الأخطاء التي ارتكبها وماهي آثار قيام هذه المسؤولية وماذا يترتب عليها

وهذه القضية على أهميتها ودقتها لم أجد دراسة فقهية نظامية خاصة تناولت جزئياتها بالبحث والدراسة ، وقامت بإجلاء كل مشكل وغامض فيها ، والإجابة على كل التساؤلات المطروحة ، ولذا أحببت أن تكون هذه المسألة هي موضوع بحثي التكميلي الذي أقدمه ، استكمالا لمتطلبات مرحلة الماجستير في قسم السياسة الشرعية .

التعريف بالموضوع :

المحكم هو حجر الزاوية في عملية التحكيم وبقدر تحري الدقة في اختيار المحكم، وبقدر قيامه بأداء مهمته على أكمل وجه تكون سلامة التحكيم وعدالته وهذا الموضوع ـ مسؤولية المحكم ـ يمتلئ بالتساؤلات التي تبحث عن إجابة شافية وللأسف فإن نظام التحكيم ولائحته التنفيذية لم يجيبا عن الكثير منها وبل وعندما تصدى للإجابة وجدت أن المعالجة تتسم بالقصور وعدم الإحاطة بكافة جوانب المشكلة ومن المعلوم أن طبيعة التحكيم المتميزة قد أعطت للمحكم اختصاصات واسعة ومجالا رحبا لإعمال رأيه والعمل بما يراه مناسبا وصولا لحل النزاع، وعندئذ ففرض مبدأ حصانة المحكم المطلقة وعدم تقرير مسؤوليته عن الأفعال التي يرتكبها بسوء نية أمر يضر بالأطراف ويؤثر على مراكزهم المالية خصوصا في حالة انعدام الضمير وجموح الدوافع الداخلية للمحكم كإنسان بالإضافة إلى أن المحكم تعرض عليه منازعات مالية كبيرة ومهمة أطرافها الأشخاص والدول لأجل ذلك ونظرا للتطورات وكثرة المعاملات التجارية الهائلة وازدياد اللجوء إلى التحكيم أصبح من الضروري التصدي لإيجاد كيان متوازن وعادل لأحكام وقواعد مسؤولية المحكم فإذا كانت مختلف الأنظمة قد قررت مسؤولية أرباب المهن كالطبيب والمهندس والمحامي وغيرهم فإن مهمة المحكم لا تقل أهمية وخطورة عن المهمة التي يمارسها هؤلاء جميعا ولذلك فإن البحث في هذا الموضوع يقتضي اقتحام مجال يتسم بالغموض الشديد ويتطلب طرح عدة تساؤلات؟ من هو المحكم ؟ وما هي طبيعة علاقته بأطراف النزاع وماحدود السلطات التي يتمتع بها وهل يتمتع بالحصانات ؟ وما الالتزامات التي يتحملها المحكم وما هي حقوقه ؟ ثم كيفية تقرير مسؤوليته إذا أخل بالالتزامات الملقاة على عاتقه وترتب على ذلك الإضرار بأحد طرفي النزاع ؟وما نوع هذه المسؤولية وما شروط وأركان قيامها وما آثارها ؟ الأمر الذي يقتضي وضع تنظيم تفصيلي يحدد بدقة طبيعة مسؤولية المحكم وتحديد قواعدها وشروط قيامها والآثار المترتبة عليها، لأن قيام هذه المسؤولية بشكل واضح من شأنه أن يدعم فاعلية نظام التحكيم ، ويكسب ثقة أطراف النزاع فيه.

وكل ذلك سيتناوله البحث من الناحية الفقهية والنظامية على حد سواء إن شاء الله تعالى .

أهمية الموضوع وأسباب اختياره :

١ـ أهمية الدور الذي يقوم به المحكم على مسرح الحياة الاقتصادية والاجتماعية ، ذلك الدور الذي يتزايد كل يوم ، وبخاصة في ظل الاتجاه المتنامي للجوء إلى التحكيم ، من أجل تخفيف العبء الملقى على كاهل القضاء من جراء كثرة القضايا وتشعبها ونقص الكوادر القضائية ، وهذا الدور المهم الذي يضطلع به المحكم يحث الباحثين على التصدي لكل ما يستجد من القضايا والمشكلات التي لها علاقة بالمحكم، ومنها مسؤولية المحكم .

٢ـ المحكم هو حجر الزاوية في العملية التحكيمية وعليه فإن عدم تقرير مبدأ مسؤولية المحكم من شأنه أن يجعل الرؤية غير واضحة الأمر الذي سيؤدي بدوره إلى الإخلال بمبدأ سلامة التحكيم وعدالته ومن هنا تأتي أهمية هذه الدراسة لوضع تنظيم تفصيلي يحدد بدقة أركان وشروط قيام هذه المسؤولية و الآثار المترتبة عليها وإزالة العوائق المانعة من قيامها .

٣ـ إثارة انتباه القضاة والمحامين والمستشارين والمتقاضين ، بل والمحكمين أنفسهم بخصوص الأخطاء النظامية التي قد يرتكبها المحكم أثناء تأديته مهمته،للعمل على تلافيها بما يضمن حسن سير العدالة وسرعة الفصل في القضايا وعدم الإضرار بحقوق المتقاضين،ولحث المحكمين على بذل العناية والحرص أثناء تأدية أعمالهم .

٤ـ الحرص الشديد على دراسة القضايا المهمة والتي لها أثر في الحياة الاقتصادية والاجتماعية وبيان الحكم الشرعي فيها لتقرير عظمة هذا الدين وكونه صالحاً لكل زمان ومكان .

٥ـ عدم وجود دراسات سابقة ـ حسب علمي ـ تناولت الموضوع من جميع جوانبه بالإضافة إلى مقارنته بالفقه الإسلامي وسيكون هذا البحث نواة لدراسات أخرى أوسع .

٦ـ تنمية جانب الحس النقدي والمقارن للقوانين والأنظمة بغية الوصول إلى مقترحات من شأنها الإصلاح والتطوير .

٧ـ محاولة سد جزء من الفراغ التنظيمي لخدمة الدين والوطن .

٨ـ سد حاجة المكتبة العربية بإضافة موضوع جديد لها .

٩ـ وجود الميل والرغبة لدراسة هذا الموضوع والتعمق في جزئياته ولم شتاته سواء في الجانب النظامي أو الفقهي

١٠ـ لم أجد في نظام التحكيم السعودي حديثا حول مسؤولية المحكم وقواعد قيامها لذا سيتضمن هذا البحث بمشيئة الله مقترحات وتوصيات لسد هذا الفراغ التنظيمي على أمل استدراك هذا الأمر في المستقبل إن شاء الله .

منهج البحث :

أولا : منهج الكتابة في الموضوع :

١ـ الاعتماد على منهج الاستقراء لمصادر الموضوع ، وأعتمد عند الكتابة على المصادر في كل مسألة بحسبها وأتكلم عن مسائل البحث مبتدئاً بتصويرها من الناحية الفقهية أولاً ، ثم الناحية النظامية ثانيا ، ثم أقوم بالمقارنة بين النظام والفقه .

٢ـ التمهيد لكل مسألة بما يوضحها إن اقتضى الأمر ذلك .

٣ـ إذا كانت المسألة الفقهية من مواضع الاتفاق فيذكر حكمها بدليلها مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتبرة ، وإن كان هناك خلاف في المسألة الفقهية أتبع في بحثها المنهج الآتي :

أ- أقوم بتحرير محل النزاع فيها إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف ، وبعضها محل اتفاق .

ب- أذكر الأقوال في المسألة مع نسبة كل قول إلى قائله من مصادره الأصلية ،ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية ، وتجنب الأقوال الشاذة .

ت- الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتبرة ، ومع العناية بذكر ماتيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح وإذا لم يوقف على المسألة في مذهب ما فيسلك بها مسلك التخريج .

ث- أذكر كل قول مع وجه الدلالة ، وما يرد على الدليل من مناقشات واعتراضات ، مع الجواب عنها بعد ذكر الدليل مباشرة .

ج- أرجح مايظهر لي رجحانه ، بانيا ذلك على سلامة أدلة القول أو بعضها ، وبطلان أدلة الأقوال الأخرى أوضعفها ، مع ذكر مايترتب عليه من ثمرة إن وجدت .

ح- أذكر سبب الخلاف في المسألة ما أمكن .

٤ـ التعريف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح ، أو من كتب المصطلحات المعتمدة .

٥ـ توثيق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة ، وتكون الإحالة عليها بالجزء والصفحة .

٦ـ الحرص على التزام المنهج العلمي والموضوعية في الطرح والتجرد عن الأهواء والأحكام المسبقة مع البعد عن التعصب والتجريح للرأي المخالف .

ثانيا : منهج التعليق والتهميش :

١ـ الالتزام بترقيم الآيات مع عزوها إلى سورها مضبوطة بالشكل .

٢ـ تخريج الأحاديث من مصادرها الأصلية ، وإثبات الكتاب والجزء والصفحة ، وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها، وإن كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما أكتفي بتخريجه منها للحكم بصحته .

٣ـ تخريج الآثار من مصادرها ، والحكم عليها.

٤ـ بالنسبة للأعلام ألتزم بترجمة الأعلام الواردين في المتن،وأقتصر في ذكر الترجمة على اسمه ونسبه مع ضبط مايشكل من ذلك ، مع ذكر تاريخ مولده ووفاته وأهم مؤلفاته ومصادر ترجمته .

ثالثا: الناحية الشكلية والكتابة :

١ـأعتني بقواعد اللغة العربية والإملاء وبالنواحي الشكلية والتنظيمية وعلامات الترقيم ما أمكن ومنها علامات التنصيص ، وهي كالتالي :

أ- وضعت الآيات بين قوسين هكذا ﴿ ﴾
ب- وضعت الأحاديث بين قوسين هكذا { }
ت- وضعت مانقلته من نص بين قوسين هكذا " "

٢ـ تكون الخاتمة متضمنة أهم النتائج والتوصيات التي يراها الباحث .

٣ـ أتبع الرسالة بالفهارس الفنية المتعارف عليها ، وهي :

أ- فهرس الآيات والقرآنية .
ب- فهرس الأحاديث والآثار .
ت- فهرس الأعلام .
ث- فهرس المصادر والمراجع .
ج- فهرس الموضوعات .

الدراسات السابقة :

بعد البحث في فهرس مكتبة المعهد العالي للقضاء والمكتبة المركزية لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ومكتبة الملك فهد الوطنية ، ومركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية ، والمكتبة المركزية لجامعة الملك سعود ، ومكتبة معهد الإدارة العامة ، لم أجد دراسات سابقة بهذا العنوان كما أني لم أجد في شروح نظام التحكيم حسب ما اطلعت عليه ،حديثا حول مسؤولية المحكم بشكل كامل ، ولكني في المقابل وجدت دراسات تناولت الموضوع بشكل يسير ومقتضب بل إن بعضها لم يتجاوز الكلام فيها عن ستة أسطر ولكن يمكن الاستفادة مما أصلته تلك الدراسات وما وضعته من نظريات ولعل أهم هذه الدراسات هي مايلي:

١ـ دور المحكم في خصومة وحدود سلطاته لهدى محمد مجدي عبدالرحمن رسالة دكتوراه

وقد تكلمت الباحثة فيها عن مبررات مسؤولية المحكم ، ثم عرجت على نطاق هذه المسؤولية وذكرت بعضاً الحالات مسؤولية المحكم وتحدثت أيضاً عن رقابة القضاء على عمل المحكم ، وهذه الدراسة جيدة بشكل عام إلا أنه يلاحظ عليها مايلي:

أ- لم تتطرق الباحثة عند حديثها عن مسؤولية المحكم إلى ذكر أركان المسؤولية وهي : الخطأ والضرر والعلاقة السببية ، وذكر الأركان في نظري مهم لاينبغي إغفاله وهو ماسوف أتطرق إليه في هذه الدراسة إن شاء الله .

ب- لم تتطرق الباحثة إلى ذكر آثار هذه المسؤولية وهو ماسوف أتحدث عنه بمشيئة الله تعالى .

ت- اقتصرت الباحثة على دارسة الموضوع من ناحية نظامية فقط ولم تكن هناك أي مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي ، وهو ما سوف أتطرق إليه في هذا البحث إن شاء الله .

وعلى كل حال فالدراسة السابقة كانت تدور في الأساس حول دور المحكم في الدعوى التحكيمية وما يتمتع به من سلطات وصلاحيات ومايرد عليها من قيود وضوابط، وجاء الحديث فيها عن مسؤولية المحكم مختصراً حيث اقتصرت الباحثة فيه على أساس المسؤولية ونطاقها ثم ذكرت بعض الحالات أو الصور التي يترتب على وجودها قيام المسؤولية ، بالإضافة إلى أن هذه الدراسة كانت على ضوء الأنظمة الأجنبية .

أما هذه الدراسة فسوف تكون بمشيئة الله على ضوء نظام التحكيم السعودي ولائحته التنفيذية ، أو القواعد العامة له ، مدعمةً بموقف الفقه الإسلامي.

٢ـ المحكم في التحكيم التجاري الدولي لحميد محمد علي اللهبي

وكان الحديث عن مسؤولية المحكم مختصراً ، حيث تكلم الباحث عن مسؤولية المحكم وأساسها ومبرراتها والحالات المثبتة لها ، وفي نظري أن هذه الدراسة ماهي إلا اختصار للدراسة السابقة ، كما أن الباحث بنى دراسته على ضوء القانون اليمني ولم تكن هناك مقارنة بالفقه الإسلامي .

٣ـ التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية لأحمد عبدالكريم سلامه

وقد تكلم الباحث عن مسؤولية المحكم في صفحة واحدة فقط وكان مضمون الكلام هو في تقرير هذه المسؤولية فقط ولم يتكلم عن أركان المسؤولية وشروط قيامها ، كذلك لم يتطرق إلى آثار قيام المسؤولية وهو ماسوف أتطرق إليه في هذا البحث إن شاء الله .

٤ـ قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي لأحمد عبدالكريم سلامه

وتكلم عن مسؤولية المحكم في ثلاث صفحات فقط من (صفحة ٧٢٠ إلى صفحة٧٢٣) وكان الحديث في هذه الصفحات عن تقرير قيام المسؤولية والخلاف فيها فقط .

٥ـ نظام التحكيم دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري لسيد أحمد محمود

وتكلم فيه عن مسؤولية المحكم في ستة أسطر فقط في الصفحة رقم (٢٥٩) وقرر فيها خضوع المحكم لأحكام المسؤولية وبين نوع هذه المسؤولية فقط ولم يتحدث عن أركانها وشروطها وآثارها ولم يقارن ذلك بالفقه الإسلامي .

٦ـ المحكم في نظام التحكيم السعودي دراسة مقارنة لإبراهيم بن صالح الأطرم رسالة ماجستير في المعهد العالي للقضاء . وهي رسالة جيدة في بابها وتكلم فيها الباحث عن المحكم بشكل عام، وجاء حديثه عن المسؤولية مختصرا حيث اقتصر عند ذكره لأحكام المسؤولية في الفقه على تقرير مسؤوليته وتكلم عن ذلك في صفحتين أما من الناحية النظامية فكان حديثه عنها في حدود ثلاث صفحات وكان مضمون حديثه عن تقرير مسؤولية المحكم وأساسها وأثر ثبوتها ، ولم يتطرق إلى ذكر أركان المسؤولية وتطبيقها على المحكم ولا عن الحالات التي تثبت فيها مسؤولية المحكم الناتجة عن الإخلال بالتزام عقدي ، وكذلك لم يتحدث عن آثار قيام هذه المسؤولية والمحكمة المختصة والجزاءات المترتبة ، وهو ماسوف يكون محور هذا البحث إن شاء الله .

٧ـ تطور أنظمة التحكيم في عهد خادم الحرمين الشريفين لمهيدب المهيدب

تكلم عن مسؤولية المحكم في أربعة أسطر وكان حديثه عن تقرير مبدأ مسؤولية المحكم فقط

تقسيمات البحث : وتشتمل على مايلي :

أولاً : المقدمة : وتشمل على التعريف بالموضوع وبيان أهميته وأسباب اختياره والدراسات السابقة للموضوع وخطة البحث ومنهج الباحث وأهم المراجع .

ثانيا:التمهيد : وفيه التعريف بمفردات البحث ، ويتضمن المباحث التالية :

المبحث الأول : التعريف بالمسؤولية العقدية في الفقه والنظام ويتضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول: التعريف بالمسؤولية

المطلب الثاني: المقصود بالعقدية

المطلب الثالث: المقصود بالمسؤولية العقدية في الفقه

المطلب الرابع: المقصود بالمسؤولية العقدية في النظام

المبحث الثاني: تمييز المسؤولية العقدية عما يشتبه بها ويتضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول: تمييز المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية

المطلب الثاني: تمييز المسؤولية العقدية عن المسؤولية الجنائية

المطلب الثالث: تمييز المسؤولية العقدية عن المسؤولية الأدبية

المبحث الثالث: أساس المسؤولية العقدية في الفقه والنظام ويتضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول: أساس المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية

المطلب الثاني: أساس المسؤولية العقدية في النظام

المبحث الرابع : ماهية التحكيم ويتضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف التحكيم

المطلب الثاني: نشأة التحكيم

المطلب الثالث: حكم التحكيم (مدى مشروعيته)

المطلب الرابع: نطاق التحكيم

المطلب الخامس: تكييف التحكيم

المطلب السادس: مزايا وعيوب التحكيم

المطلب السابع: أنواع التحكيم

المطلب الثامن: تمييز التحكيم عما يشتبه بغيره

المبحث الخامس:المحكَّم ويتضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول:تعريف المحكَّم

المطلب الثاني:شروط المحكَّم

الفصل الأول : وظيفة المحكم وفيه المباحث التالية :

المبحث الأول : طبيعة العلاقة التي تربط المحكم بالخصوم ويتضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول:طبيعة العلاقة التي تربط المحكم ً بالخصوم في الفقه

المطلب الثاني:طبيعة العلاقة التي تربط المحكم ً بالخصوم في النظام

المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه والنظام

المبحث الثاني : التزامات المحكم ويتضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول:التزامات المحكم ً في الفقه

المطلب الثاني:التزامات المحكم ً في النظام

المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه والنظام

المبحث الثالث: سلطات المحكم في الفقه والنظام

المطلب الأول:سلطات المحكم ً في الفقه

المطلب الثاني:سلطات المحكم ً في النظام

المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه والنظام

المبحث الرابع:رد المحكم ً ويتضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول:رد المحكم ً في الفقه

المطلب الثاني:رد المحكم ً في النظام.

المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه والنظام.

المبحث الخامس:رقابة القضاء على أعمال المحكم ً ويتضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول:رقابة القضاء على أعمال المحكم ً في الفقه .

المطلب الثاني:رقابة القضاء على أعمال المحكم ً في النظام.

المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه والنظام.

المبحث السادس : الخلاف حول تقرير مسؤولية المحكم ويتضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول: رفض مسؤولية المحكم.

المطلب الثاني: تقرير مسؤولية المحكم.

الفصل الثاني : أركان مسؤولية المحكم المدنية وفيه المباحث التالية :

المبحث الأول : ركن الخطأ ويتضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول: ركن الخطأ في الفقه.

المطلب الثاني: ركن الخطأ في النظام.

المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه والنظام.

المطلب الرابع: مفهوم خطأ المحكم.

المطلب الخامس: معيار خطأ المحكم.

المطلب السادس: درجة خطأ المحكم.

المطلب السابع: صور خطأ المحكم.

المطلب الثامن: إثبات خطأ المحكم.

المبحث الثاني : ركن الضرر ويتضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول: ركن الضرر في الفقه.

المطلب الثاني: ركن الضرر في النظام.

المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه والنظام.

المطلب الرابع: الضرر الناشئ عن خطأ المحكم.

المبحث الثالث : ركن العلاقة السببية ويتضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول: ركن العلاقة السببية في الفقه.

المطلب الثاني: ركن العلاقة السببية في النظام.

المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه والنظام.

المطلب الرابع: مدىتوافر علاقة السببية بين خطأ المحكم والضرر الحادث.

المطلب الخامس: إثبات ونفي علاقة السببية في مسؤولية المحكم .

المبحث الرابع : تطبيق بعض القواعد الفقهية على مسؤولية المحكم ويتضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول: قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)

المطلب الثاني: قاعدة (الضرر يزال)

المطلب الثالث: قاعدة (المؤتمن غير ضامن ما لم يفرط)

المطلب الرابع: قاعدة (لا ضمان على المبالغ في الحفظ)

المطلب الخامس: قاعدة (يقبل قول الأمين في براءة نفسه لا في إلزام الضمان على الغير)

الفصل الثالث: آثار مسؤولية المحكم وفيه المباحث التالية :

المبحث الأول : آثار مسؤولية المحكم في الفقه ويتضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول: الزجر والتأديب.

المطلب الثاني: النظر في مدى إنفاذ حكم المحكم من عدمه.

المطلب الثالث: التعويض.

المبحث الثاني : آثار مسؤولة المحكم في النظام ويتضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول: التعويض عن الضرر .

المطلب الثاني: الأسس العامة للتعويض عن خطأ المحكم في النظام.

المطلب الثالث: مدى جواز اشتراط المحكم الإعفاء من المسؤولية في النظام.

المبحث الثالث: المقارنة بين الفقه والنظام.

المبحث الرابع: الخلاف حول حصانة المحكم في النظام وموقف الفقه من ذلك ويتضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول:بيان الخلاف حول حصانة المحكم .

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من ذلك.

المبحث الخامس:المحكمة المختصة بنظر دعوى مسؤولية المحكم .

المبحث السادس:الجزاءات القابلة للتطبيق على المحكم دون الحاجة إلى رفع دعوى المسؤولية ويتضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول:رد المحكم .

المطلب الثاني:عزل المحكم .

المطلب الثالث: إنهاء مهمة التحكيم.

المطلب الرابع: الحرمان من الأتعاب.

رابعا: الخاتمة وتتضمن أهم نتائج البحث وأهم التوصيات والمقترحات بخصوص الموضوع .

التمهيد

وفيه المباحث التالية:

المبحث الأول: التعريف بالمسؤولية العقدية في الفقه والنظام.

المبحث الثاني: تمييز المسؤولية العقدية عما يشتبه بها.

المبحث الثالث: أساس المسؤولية العقدية في الفقه والنظام.

المبحث الرابع: ماهية التحكيم.

المبحث الخامس: المحكَّم.

المبحث الأول: التعريف بالمسؤولية العقدية في الفقه والنظام وتحته المطالب الآتية :

المطلب الأول:التعريف بالمسؤولية وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول: تعريف المسؤولية في اللغة :

المسؤولية في اللغة مصدر صناعي، من سأل، يسأل، سؤالاً، ومسألة يقول ابن فارس[1]:"السين والهمزة واللام كلمة واحدة"[2] فلفظ المسؤولية من سأل، فهو مسؤول، والاسم مسؤولية، فهو مصدر صناعي معناه كون الإنسان مؤاخذاً على أعماله، وهو يدور على ثلاث كلمات:السؤال، والسائل، والمسؤول، أما السؤال فيرد على عدة معان، كالاستعلام والاستفسار عن المجهول[3] ومن ذلك قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءَ إِن تُبْدَ لَكُمْ تَسُؤْكُمْ﴾ [4] وقوله تعالى ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ﴾ [5]، ونحو ذلك إلا أننا نجد أقرب هذه المعاني إلى معنى المسؤولية هي المعاني التالية:

١- الطلب ومن ذلك قوله تعالى ﴿يَسْأَلُهُ مَن فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ كُلَّ يَوْمٍ هُوَ فِي شَأْنٍ﴾[6]

٢- المحاسبة والمجازاة[7] ومن ذلك قوله تعالى ﴿وَقِفُوهُمْ إِنَّهُم مَّسْئُولُونَ﴾[8] .مما سبق يتضح لنا أن معنى المسؤولية في اللغة تعني المطالبة والمحاسبة والمجازاة .وهي بشكل عام: حال أوصفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته[9]، وقد ورد هذا المعنى في النصوص الشرعية في غير ما آية

---

(١) هو: أبوالحسن أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي ولد عام٣٢٩هـ ، إمام لغوي مفسر، برع في علم اللغة والتفسير، من مؤلفاته: جامع التأويل في تفسير القرآن ، ومعجم مقاييس اللغة ، توفي بالري سنة ٣٩٠ هـ،انظر وفيات الأعيان١/١١٨ .

(٢) معجم مقاييس اللغة ،ابن فارس،٣/١٢٤

(٣) المصباح المنير للفيومي،٢٩٧ .

(٤) سورة المائدة، آية ١٠١

(٥) سورة البقرة ، الآية ١٨٩ .

(٦) سورة الرحمن ، الآية ٢٩ .

(٧) مختار الصحاح للرازي، ص٢٥٩ ، تفسير ابن كثير ، ٤/ص٥ .

(٨) سورة الصافات ،.الآية ٢٤ .

(٩) المعجم الوسيط ، مادة (سأل) ١/٤١١.

وحديث فمن القرآن الكريم قوله تعالى ﴿فَوَرَبِّكَ لَنَسْأَلَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ﴾[1] ومن السنة المطهرة قوله ﷺ:(كلكم راعٍ وكلكم مسؤول عن رعيته)[2].

الفرع الثاني:تعريف المسؤولية في الفقه:

تمهيد: لفظ المسؤولية هو اصطلاح جرى عليه رجال القانون. أما رجال الفقه الإسلامي فقد كان لهم في هذا البيان أسلوب آخر يختلف عن هذا الأسلوب في التعبير ولا يختلف عنه في الجوهر والمعنى. فهم في بيانهم يعبرون عن الإخلال بهذه الأوامر باسم المخالفة ، أو بما يؤدى هذا المعنى متبوعا بما يدل على موضوعها من أنها مخالفة أخلاقية، أو مخالفة قانونية ونحو ذلك. ويرتبون عليها في بعض أحوالها تبعة هي الضمان المالي، أو العقوبة المحضة التي ليست بمال، وذلك حيث لا تكون مخالفة لواجب أخلاقي محض [3] والتعبير الآخر للمسؤولية عند الفقهاء رحمهم الله هو الضمان، فما هو الضمان وما مشروعيته وما أسبابه؟ هذا ما سأتحدث عنه في المسائل التالية:

المسألة الأولى: تعريف الضمان في اللغة:

ضَمِنْتُ الشيء ضَماناً: كَفَلْتُ به، فأنا ضامِنٌ وضَمينٌ. وضَمَّنْتُهُ الشيء تَضْميناً فَتَضَمَّنَهُ عنِّي، مثل غرَّمْتُهُ. وكلُّ شيءٍ جعلتَه في وعاء فقد ضمَّنْتَهُ إياه. ويأتي بمعنى الالتزام، يقال: ضمنت المال،فأنا ضامن وضمين: أي التزمته، وضمنته المال: ألزمته إياه، فالضمان في اللغة هو الالتزام[4].

المسألة الثانية: تعريف الضمان عند الفقهاء:

أطلق الفقهاء الضمان على عدة معان: المعنى الأول: كفالة النفس وكفالة المال وهذا المعنى ذهب إليه جمهور الفقهاء، ومن التعريفات التي وردت بهذا المعنى ما يلي:

---

[1] سورة الحجر، الآية ٩٢.

[2] أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الجمعة، باب: الجمعة في القرى والمدن، حديث رقم:٨٩٣ وكتاب الاستقراض، باب: العبد راع في مال سيده ولايعمل إلا بإذنه، حديث رقم ٢٤٠٩، ومسلم حديث رقم ٤٧٠، كتاب الإمارة، باب: فضيلة الإمام العادل، ٤١٧/١٢.

[3] مقتبس من كلام الشيخ علي الخفيف بتصرف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص٧، ط دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٠ م.

[4] الصحاح، للجوهري ،٤١٤/١

١- تعريف المالكية: "شغل ذمة أخرى بالحق" [١].

٢- تعريف الشافعية: "التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة" [٢].

٣- تعريف الحنابلة: "ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق" فيثبت في ذمتهما جميعاً، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما [٣].

المعنى الثاني: غرامة التالف والغصب والعيب وحالة الظروف الطارئة، بمعنى تشغل ذمته بأدائه على وجه يستتبع مطالبته وإلزامه بذلك الأداء وهذا المعنى ذهب إليه الحنفية، ومن التعريفات التي وردت بهذا المعنى: ١- "رد مثل الهالك إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيمياً" [٤] وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه "إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات" [٥].

وأما تعريف الفقهاء المتأخرين للضمان فهو كمايلي:

عرفه الأستاذ علي الخفيف بقوله: "هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل"، والمراد ثبوته فيها مطلوبا أداؤه شرعا عند تحقق شرط أدائه، سواء أكان مطلوبا أداؤه في الحال كالدين الحال، أم في الزمن المستقبل المعين، كالدين المؤجل إلى وقت معين، إذ هو مطلوب أداؤه إذا ما تحقق شرط أدائه، وكالمبيع في يد من اشتراه بعقد فاسد فإن ضمانه على مشتريه مادام في يده، يضمنه بقيمته إذا هلك لبائعه [٦].

وعرفه الدكتور الزرقاء بقوله: "التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير" [٧].

وعرفه الدكتور وهبة الزحيلي بقوله: "الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية" [٨].

---

[١] الشرح الكبير ، للدردير ، ج٤ /ص٣٢٩ .

[٢] مغني المحتاج، ٢/ ١٩٨ .

[٣] المغني، ٧/ ٧١ ، الإنصاف، للمرداوي، ١٨٩/٥.

[٤] غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، أحمد بن محمد الحموي، ج٢ / ١٢٠.

[٥] المادة 416، مجلة الأحكام العدلية، ص٨٠.

[٦] الضمان في الفقه الإسلامي، علي الخفيف، ص٨.

[٧] المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، ١٠٣٥/٢ ، ط/دارالقلم.

[٨] نظرية الضمان، وهبة الزحيلي، ص١٥ .

المسألة الثالثة: مشروعية الضمان:

الضمان مشروع، بالكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول.

فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ ﴾ [1] وقوله تعالى: ﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ ﴾[2].

ومن السنة: ما رواه سلمة ابن الأكوع، أن النبي ﷺ أتي برجل ليصلى عليه، فقال: هل عليه دين؟ قالوا: نعم ديناران. قال: هل ترك لهما وفاء، قالوا: لا، فتأخر، فقيل: لم لا تُصلّى عليه، فقال: "ماتنفعه صلاتي وذمته مرهونة ألا قام أحدكم فضمنه" فقام أبوقتادة، فقال: هما عليَّ يا رسول الله، فصلى عليه النبيﷺ[3].

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة[4].

وأما المعقول: لما في ذلك من صيانة لأموال المسلمين وحفظاً لحقوقهم.

المسألة الرابعة: أسباب الضمان عند الفقهاء.

تتحلى أسباب الضمان فيما يلي:

١- العقد ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [5].

٢- اليد ويستوي في ذلك اليد المعتدية كيد الغاصب والسارق، وغير المعتدية كيد البائع على السلعة قبل بيعها.

٣- الإتلاف سواء كان مباشرة أو تسبب يدل على ذلك قوله تعالى ﴿ فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ [6]، وقوله ﷺ (لاضرر ولاضرار)[7].

---

[1] سورة النحل، آية ١٢٦.

[2] سورة يوسف، آية ٧٢.

[3] أخرجه البخاري، باب إن أحال دين الميت على رجل جاز، صحيح البخاري ١٢٤/٣، ١٢٦.

[4] نقل ذلك الإمام ابن قدامة رحمة الله في المغني، ٧٢/٧.

[5] سورة المائدة، الآية: ١.

[6] سورة البقرة، الآية١٩٤ .

[7] رواه ابن ماجه ،كتاب الأحكام، باب من بنى في صفه ما يضر جاره حديث رقم ٢٣٤٠، ٧٨٤/٢، قال النووي: حديث حسن وله طرق يقوي بعضها بعضا، انظر الاربعين النووية مع شرحها، ص٧٤ .

الفرع الثالث: تعريف المسؤولية في النظام:

تعرّف المسؤولية في النظام بأنها "حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يستوجب المؤاخذة" وقيل "قيام شخص بارتكاب فعل يتوجب المؤاخذة"[(1)] وهذه الكلمة ـــ المسؤولية ـــ لها صفات متعددة، فإذا كانت المسؤولية عن فعل يعد جريمة تكون مسؤولية جنائية، وإن كانت عن فعل لا يشكل جريمة وإنما هو إخلال عقدي أو عدم التزام بمبادئ عامة تكون مسؤولية مدنية، وإذا كانت عن فعل يعتبر إخلالاً بأمور أدبية فتكون مسؤولية أدبية، وإذا كانت عن فعل يعد إخلالاً بواجب وظيفي فتكون مسؤولية إدارية وهكذا.

المطلب الثاني: المقصود بالعقدية وفيه ثلاثة فروع.

الفرع الأول: تعريف العقد في اللغة .

يقول ابن فارس[(2)] "العين والقاف والدال أصل واحد يدل على شدٍّ وشدة وثوق"[(3)] وله معان كثيرة، منها:

١- الربط والشد، سواء استعمل في الربط الحسي، كعقدت الحبل أم في الربط المعنوي كعقدت البيع[(4)].

٢- التوكيد والإحكام والتغليظ والتوثيق[(5)] ومنه قوله تعالى: ﴿ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الْأَيْمَانَ﴾[(6)].

٣ – الضمان والعهد[(7)]،ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾[(8)].

---

(1) المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، سليمان مرقس، ص١.

(2) سبقت ترجمته انظر ص١٤.

(3) معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، ٤/ ٨٦ .

(4) انظر لسان العرب، ٣/ ٢٩٦.

(5) انظر، القاموس المحيط ص٣٨٣، معجم مقاييس اللغة، ٤/ ٨٦.

(6) سورة المائدة، الآية رقم: ٨٩.

(7) المفردات في غريب القرآن،للراغب الأصفهاني، ص٣٤١ .

(8) سورة البقرة، الآية ٢٣٥ .

الفرع الثاني: تعريف العقد في الفقه.

يطلق العقد في الاصطلاح الفقهي على معنيين: **الأول: المعنى العام**: وهو كل ما ألزم به المرء نفسه، سواء كان الالتزام من جانبين، كالبيع والإجارة والنكاح ونحوهما، أم كان من جانب واحد، كالإعتاق والطلاق واليمين والنذر ونحوهما، فكل تصرف ينشأ عنه حكم شرعي، سواء كان صادراً من شخص واحد، أو من شخصين أو أكثر يعتبر عقداً على هذا المعنى، وهذا التعريف مال إليه كثير من المفسرين في تفسير قوله تعالى﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾ [1] ويتضح من هذا التعريف أنه لا يشترط العدد في العاقد بل يكفي لانعقاد العقد إرادة واحدة.

الثاني: المعنى الخاص: وهو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في المحل[2] ويتضح من هذا التعريف أنه لابد من اجتماع إرادتين لانعقاد العقد وعليه فما يتم بإرادة واحدة لا يسمى عقدا بمقتضى هذا التعريف.

من خلال هذين المعنيين يتضح مدى نطاق العقد في الفقه الإسلامي، فعلى المعنى الأول نجد أن نطاقه يتسع ليشمل جميع أنواع الالتزامات سواء كان التزاماً منفرداً أم مزدوجاً، وسواء كان الالتزام ذا قيمة مالية أم لا وأما على المعنى الثاني فنجد أن نطاقه ينحصر في الالتزام الصادر بين طرفين بإيجاب وقبول، فلا يشمل الإرادة المنفردة ونحوها.

الفرع الثالث:تعريف العقد في النظام.

هو: اتفاق بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية، أو تعديلها، أو إنهائها[3]. وأما عن مدى نطاق العقد في النظام فقد اختلف شراح القانون في ذلك على ثلاثة أقوال:

١- يرى فريق منهم أن نطاق العقد ينحصر في روابط القانون الخاص لا روابط القانون العام.

٢- ويرى فريق آخر أن نطاق العقد ينحصر في مجال المعاملات المالية فحسب.

---

[1] سورة المائدة، الآية: ١، وانظر أحكام القرآن للشافعي ٦٥/٢ ــ ٦٦، وأحكام القرآن للجصاص ٢٩٥/٢، وانظر قاعدة العقود لابن تيمية، ص٩٥ .

[2] العناية على الهداية ،للبابرتي، ٥/ ٤٥٦ ، حاشية الدسوقي ٥/٣،المهذب ٢٥٧/١ ،المغني٥/٦ .

[3] الوسيط ، لعبدالرزاق السنهوري ، ١٣٧/١ .

٣- ويرى آخر أن نطاق العقد لا يشمل إلا العقود التي تتعارض فيها مصالح العاقدين، ويتفاوض في شروطها الطرفان على قدم المساواة[١].

فنجد أن القول الأول قد حصر نطاق العقد في مجال القانون الخاص أما القول الثاني فقد ضيق الدائرة بأن جعل نطاق العقد في مجال المعاملات المالية التي تقع في دائرة القانون الخاص، ثم جاء القول الثالث ولم يكتف بحصر العقد في نطاق القانون الخاص ولا في نطاق المعاملات المالية فحسب، بل ضيق نطاقه بأن جعله لا يشمل إلا العقود التي تتعارض فيها مصالح العاقدين، ولذلك نجد أن أصحاب هذا القول لا يطلقون وصف العقد على العقد الذي يجمع بين مصالح متوافقة كما في عقد الشركة، ولا على العقود التي يذعن فيها أحد المتعاقدين للآخر كعقود الإذعان، ولا على العقود التي تنظم أوضاعاً مستقرة كالعقود الجماعية وكتصالح الدائنين مع المفلس، فكل هذه ليست عقودا في نظرهم ، وإنما مراكز قانونية منظمة، لكن هذا القول ليس عليه دليل لا من مفهوم العقد، ولا من واقع القانون ولذلك فالراجح: شمول العقد لكل اتفاق يتم بإيجاب وقبول، بقصد إنشاء أثر قانوني، أو تعديله، أو إنهائه، من غير نظر إلى تلك الأمور الخارجة عن مفهوم العقد ومدلوله[٢].

المطلب الثالث: المقصود بالمسؤولية العقدية في الفقه.

يعتبر العقد سببا من أسباب الضمان، لأن العقد بطبيعته يقتضي أحكاماً خاصة، كما أنه قد يكون مقترنا بشرط لأحد المتعاقدين أو لهما معا مصرح به في صيغة العقد أو دل عليه العرف، فالإخلال بشيء مما تقتضيه طبيعة العقد أو مما يتطلبه الشرط المقترن به يعد مصدراً من مصادر الضمان[٣]، ويستعمل الفقهاء اصطلاح "ضمان العقد، أو ضمان العهدة، أو العهدة العقدية" للدلالة على ما يعرف في اصطلاح الأنظمة والقوانين المعاصرة بـــ"المسؤولية العقدية" يقول

---

[١] انظر، نظرية الالتزام، حشمت أبوستيت ٣٩/١، مصادر الالتزام، لعبد المنعم الصده، ص٥٢، والنظرية العامة للالتزامات، أنور سلطان، ص٢٩.

[٢] النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، د/ البدراوي، ص٤٢ــ ٤٤.

[٣] انظر، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، سليمان محمد أحمد، ص٤٧.

الإمام السيوطي[1] رحمه الله: "والمضمونات أقسام منها: مايضمن ضمان عقد قطعا وهو ماعُيِّن في صلب عقد بيع أو سلم أو إجارة أو صلح"[2] وقد عرَّف الفقهاء المسؤولية العقدية بما يلي:

١- عرفها الحنفية بأنها "حق الرجوع بالثمن عند الاستحقاق"[3] ويرى الحنفية أن العهدة اسم مشترك، قد يقع على صك البيع أو الوثيقة التي يفرغ فيها العقد، وقد يقع على العقد، لأنها مأخوذة من العهد، والعقد والعهد واحد[4].

٢- وعرفها المالكية: بأنها "تعلق المبيع بضمان بائعه مدة معينة"[5].

٣- عرفها الشافعية: "ضمان البائع الثمن للمشتري عند المطالبة والمؤاخذة[6].

٤- تعريف الحنابلة: "التزام رد الثمن أوعوضه"[7]، والعهدة أصلها الكتاب الذي تكتب فيه الوثيقة للبيع، ويذكر فيها الثمن، والمراد هنا: رجوع من انتقل الملك إليه، على من انتقل عنه، بالثمن أو بالأرش عند استحقاق الشقص أو عيبه[8].

وعرف بعض المعاصرين ضمان العقد بأنه: "شغل الذمة بحق مالي للغير جبرا للضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد أو الإخلال بشروطه"[9]، وضمان العقد عند الفقهاء يتعين في الأحوال التالية:

١- عند الإخلال بتنفيذ العقد يدل على ذلك قوله تعالى:﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [10].

---

[1] هو الإمام: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر الخضيري السيوطي الشافعي، إمام حافظ، ومؤرخ أديب، نشأ في مصر وطلب العلم فيها، من مؤلفاته: الأشباه والنظائر، الإتقان في علوم القرآن، توفي سنة ٩١١هـ، انظر الأعلام ٣٠١/٣.

[2] الأشباه والنظائر، للسيوطي، ص٣٩.

[3] بدائع الصنائع، للكاساني، ٢٤/٥.

[4] تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، للزيلعي ٥٠/٥.

[5] حاشية على مختصر خليل للخرشي، للشيخ على العدوي، ١٥٣/٥.

[6] الغرر البهية شرح البهجة الوردية، لزكريا الأنصاري، ١٥٣/٣.

[7] المغني، لابن قدامة، ٧٦/٧.

[8] انظر الإنصاف، للمرداوي، ٣٠/١٣،٢٩.

[9] ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، د/محمد أحمد سراج، ض٤٧.

[10] سورة المائدة، آية، ١.

٢- عند الإخلال بشرط من الشروط المصرح بها في العقد يدل على ذلك قوله ﷺ:(المسلمون على شروطهم)[1]،بل وحتى التي لم يصرح بها في العقد وقد اعتبرها العرف بناء على القاعدة المشهورة عند الفقهاء (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)[2].

ويرى بعض الباحثين المعاصرين أن تعريفات الفقهاء المذكورة آنفاً هي تعريف لعهدة عقد البيع بشكل خاص، وليس تعريف لعهدة العقد بشكل عام، الأمر الذي جعله يحاول إيجاد تعريف يشمل عهدة العقد بشكل عام إذ يقول في ذلك: "...وإن هذا ليحملنا على بذل محاولة لاستخلاص تعريف لـــ "عهدة العقد" أو "العهدة العقدية" في الفقه الإسلامي والواقع أن "العهدة العقدية" هي في حقيقتها التبعية الشرعية المؤيدة لقوة العقد الإلزامية، وإيضاح ذلك أن أثر العقد إنما هو إنشاء الحقوق والالتزامات المتبادلة بين طرفيه أما أثر الالتزام فهو وجوب تنفيذه على المتعاقد الذي التزم به، أي: المدين فيه، وإمكان إجباره على هذا التنفيذ قضاء، إذا امتنع عن تنفيذه رضاءً..، إلى أن قال: فمتى كان التنفيذ العيني ممكناً، وطلبه الدائن أُجبر المدين عليه قضاءً وليس هذا من قبيل العهدة العقدية في شيء، مادمنا في نطاق التنفيذ العيني للالتزام، و لم ندخل في نطاق التعويض عن عدم تنفيذه، أما إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن، كلياً أو جزئياً، أو كان ممكناً ولكن الدائن طلب التعويض، و لم يظهر المدين استعداده للتنفيذ العيني، فمن هنا تبدأ العهدة العقدية وإذا توفرت أركانها كان على القاضي أن يحكم بمقتضاها، فيلزم المدين بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه. وعلى هذا يمكن لنا أن نعرف العهدة العقدية بأنها: ما يتحمله المتعاقد الذي لم يقم بتنفيذ كامل التزامه العقدي لصالح المتعاقد الآخر. وإن من البدهي بعد الذي قدمناه، أن قيام العهدة العقدية يتطلب توافر ثلاثة عناصر في آن واحد وهي:

١- وجود عقد لازم بين شخصين أو أكثر، تترتب عليه آثاره.

٢- تقاعس أحد المتعاقدين عن التنفيذ العيني لالتزاماته العقدية، كلاً أو جزءاً.

---

[1] رواه أبوداود في سننه، كتاب الأقضية، باب في الصلح، حديث رقم٣٥٩٤، ١٩/٤، ورواه الترمذي، كتاب الأحكام، باب ماذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح، حديث رقم(١٣٥٢) ٦٣٤/٣، والحديث في سنده كثير بن زيد وقد ضعفه أكثر أهل العلم، قال عنه الحافظ في الفتح٥٦٩/٤: "وكثير بن عبدالله ضعيف عند الأكثر، لكن البخاري ومن تبعه كالترمذي وابن خزيمة يقوون أمره"، بل وقد قال عنه ابن عبدالبر رحمه الله: "مجمع على ضعفه"، انظر تهذيب التهذيب، ٤٦٣/٣، وقد صححه الألباني رحمه الله في إرواء الغليل انظر الإرواء ١٤٧/٥.

[2] غمز عيون البصائر للحموي، ٣٠٧/١.

٣- قيام المتعاقد الآخر بمطالبة المتقاعس بتنفيذ التزاماته العقدية كاملة. ومن اجتماع هذه العناصر الثلاثة تتكون العهدة العقدية أو ما يعرف اليوم اصطلاحاً بـــ (المسؤولية العقدية)"[١].

المطلب الرابع: المقصود بالمسؤولية العقدية في النظام.

تعرف المسؤولية العقدية في النظام بأنها: جزاء الإخلال بتنفيذ التزام ناشئ عن العقد أياً كانت صورة هذا الجزاء[٢]، فهي إذاً عبارة عن التزام بتعويض عن الضرر الناتج عن الإخلال بالعقد، سواء تم إبرام العقد بإرادتين أم بإرادة منفردة[٣] لأن المصدر هو الإرادة سواء في العقد الذي يتم إبرامه بإرادتين أوالعقد الذي يتم بإرادة منفردة، فهو في النهاية التزام إرادي.

المبحث الثاني: تمييز المسؤولية العقدية عما يشتبه بها وتحته المطالب الآتية:

المطلب الأول: تمييز المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية.

المسؤولية التقصيرية هي:"الإخلال بواجب قانوني وهو الالتزام بعدم الإضرار بالآخرين"[4]وتتميز المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية بما يلي:

١- من حيث الطبيعة: المسؤولية العقدية هي جزاء مترتب على الإخلال بالتزام عقدي سابق، فالضرر الذي أصاب الدائن قد وقع بسبب خرق التزام ناشئ من العقد الساري بين طرفيه، وتجدر الإشارة هنا أن الالتزامات العقدية لا تفرقة بينها سواء كانت التزامات نظمتها الإرادة أم نص عليها النظام، فإذا تم الإخلال بأيهما فهو إخلال عقدي، أما المسؤولية التقصيرية: فهي تقوم عند الإخلال بواجب قانوني، يتمثل بعدم الإضرار بالغير.

٢- من حيث الأهلية: في المسؤولية التقصيرية يكفي أن يكون المسؤول مميزاً، أما في المسؤولية العقدية فيجب أن يكون المسؤول أهلاً لإبرام العقد، وأكثر العقود يشترط فيها أهلية الرشد.

٣ – من حيث التعويض: في المسؤولية التقصيرية يكون التعويض شاملاً للضرر المباشر متوقعاً كان أم غير متوقع أما في المسؤولية العقدية فلا يشمل التعويض سوى الضرر المباشر المتوقع بإستثناء حالتي الغش والخطأ الجسيم حيث يكون التعويض شاملاً للضرر الغير متوقع.

---

[١] دعاوى التعويض الناشئة عن المسؤوليتين التقصيرية والعقدية، لعبدالعزيز بن محمد المتيهي، رسالة دكتوراه، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، ٥٩٣/٢.

[٢] انظر الوسيط، للسنهوري، ٧٣٢/١.

[٣] على القول هنا بالعقد بمعناه العام، كما تقرر فيما سبق، انظر ص١٩ من هذا البحث.

[4] الوسيط ، للسنهوري ، ٧٤٨/١.

٤- من حيث الإعفاء من المسؤولية: في المسؤولية العقدية يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية، إلا في حالتي الغش والخطأ الجسيم، أما في المسؤولية التقصيرية فلا يجوز الاتفاق على ذلك.

٥- من حيث التضامن: في المسؤولية العقدية لا يتم التضامن إلا بموجب اتفاق أو نص، أما في المسؤولية التقصيرية فالمسئولون متضامنون في التعويض بدون شرط الاتفاق.

المطلب الثاني: تمييز المسؤولية العقدية عن المسؤولية الجنائية.

المسؤولية الجنائية هي : " أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التي يأتيها مختاراً وهو مدرك لمعانيها ونتائجها"[1] وتتميز المسؤولية الجنائية عن العقدية بما يلي:

١- المسؤولية الجنائية تقوم على أساس المساس بسلامة المجتمع وأمنه، أما المسؤولية العقدية فتقوم على أساس الضرر الذي يصيب الفرد.

٢- الجزاء في المسؤولية العقدية هو التعويض الذي يؤخذ من مال المسؤول جبراً للضرر الذي وقع منه، أما في المسؤولية الجنائية فالجزاء هو العقوبة التي توقع على المعتدي بهدف زجره، وردع غيره وذلك للحيلولة دون وقوع الضرر بالمجتمع.

٣- في المسؤولية العقدية الشخص المضرور هو الذي يطالب بالتعويض عن طريق دعوى المسؤولية، أما في المسؤولية الجنائية فالذي يطالب بالعقوبة جهة مختصة تمثل المجتمع، كهيئة التحقيق والإدعاء العام في المملكة العربية السعودية، وكالنيابة العامة في البلدان الأخرى.

٤- في المسؤولية العقدية يجوز الصلح أو التنازل لأن الضرر خاص بالشخص بينما في المسؤولية الجنائية لا يجوز الصلح أو التنازل لأن الضرر يلحق بكل المجتمع.

٥- المسؤولية الجنائية لما كان يترتب عليها جزاء هو الإيلام كان من الضروري حصر الجرائم والعقوبات، حيث تسري قاعدة "لاجريمة ولاعقوبة إلا بنص"، أما في المسؤولية العقدية فلا يمكن حصر الأفعال غير المشروعة التي ينتج عنها ضرر بالغير.

٦- المسؤولية الجنائية لا تقوم إلا إذا كان الفعل مصحوبا بقصد جنائي، أما في المسؤولية العقدية فتقوم بدون بحث عن النية ويستوي فيها العمد وغير العمد، وأكثر ما يكون الخطأ فيها إهمال لا عمد.

---

[1] التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، عبد القادر عودة ،٣٩٢/١.

المطلب الثالث: تمييز المسؤولية العقدية عن المسؤولية الأدبية.

المسؤولية الأدبية هي:مسؤولية الشخص عن انحرافه عن التقاليد والقيم في المجتمع وتتميز عن المسؤولية العقدية بمايلي:

١- المسؤولية الأدبية تقوم على أساس ذاتي محض فهي مسؤولية أمام الله ثم أمام الضمير، أما العقدية فيدخلها عنصر موضوعي وهي مسؤولية شخص أمام شخص.

٢- المسؤولية الأدبية أوسع نطاقاً من المسؤولية العقدية فهي تتصل بعلاقة الإنسان بربه وبنفسه وبغيره أما المسؤولية العقدية فلا تتصل إلا بعلاقة الإنسان بغيره[1].

المبحث الثالث: أساس المسؤولية العقدية وتحته المطالب الآتية:

المطلب الأول: أساس المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية.

جعل فقهاء الشريعة الإسلامية العقد مصدراً من مصادر الضمان إذا نص فيه صراحة على شرط من الشروط، أو كان الشرط معتبراً حسب العرف والعادة، ثم أخل العاقد بما تقتضيه طبيعة العقد أو يتطلبه الشرط، ولم يقم بتنفيذ التزامه على الوجه المطلوب، وبذلك تكون المسؤولية العقدية مستوجبة للضمان بسبب الخطأ العقدي، وأساس الالتزام بتنفيذ مقتضى العقد وشروطه وترتب المسؤولية عند الإخلال به وبما هو مايلي:

فمن القرآن الكريم:قوله تعالى:﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ ﴾[2] وقوله: ﴿وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً ﴾[3] ومن السنة قوله ﷺ: (المسلمون على شروطهم)[4] وقوله ﷺ: (لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح مالم يضمن، ولابيع ماليس عندك)[5]، وأساس تنفيذ الشروط المتعارف عليها وقيام المسؤولية عند الإخلال بها هو ماقرره الفقهاء رحمهم الله من

---

[1] انظر في جميع ماسبق، الوسيط، للسنهوري، ٧٤٨/١ــ ٧٥١.، ومصادر الالتزام، لسليمان مرقس،٣٦.

[2] سورة المائدة، الآية: ١.

[3] سورة الإسراء، الآية: ٣٤.

[4] سبق تخريجه، انظر ص٢٢ من هذا البحث.

[5] رواه أبو داود في سننه، كتاب البيوع والإجارات، باب: في الرجل يبيع ماليس عنده، حديث رقم (٣٥٠٤) ٧٦٨/٣، والترمذي، باب: جاء في كراهية بيع ماليس عندك، حديث رقم(١٢٣٤) ٢٣٠/٤، وقال الترمذي عقب هذا الحديث: "حسن صحيح" وحسنه الألباني في الإرواء ١٤٦/٥.

قواعد عامة كقولهم: "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص "وكقولهم: "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم" وقولهم: "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"[1].

المطلب الثاني: أساس المسؤولية العقدية في النظام.

فيما يتعلق بالنظام السعودي لم أقف على نص نظامي يجيز تطبيق أحكام المسؤولية العقدية صراحة، والسبب في ذلك قد يرجع إلى أن المنظم السعودي يعتمد فيما يتعلق بأحكام المعاملات على أحكام الفقه الإسلامي، وعليه فأحكام المسؤولية العقدية تطبق وفقاً لما نص عليه الفقه الإسلامي، إلا أنه يمكننا الاستئناس بما نص عليه قرار مجلس الوزراء رقم٨١٨ وتاريخ ١٣٩٦/٥/١٧هـ والذي ينص"على أن يقتصر النظر في طلبات التعويض المقدمة من المقاولين المتعاقدين مع جهات حكومية على الحالات التي يستند فيها المقاولون على حدوث تقصير من الجهة الحكومية ينتج عنه إلحاق خسارة أو ضرر بالمقاول..." وهذا الحكم الذي أورده هذا القرار هو تعبير عن القاعدة العامة في المسؤولية العقدية التي تستوجب مساءلة طرف التعاقد عن الأضرار التي تحيق بالطرف الآخر بسبب إخلاله بالعقد، وقد استندت هيئة التدقيق في ديوان المظالم إلى هذا القرار أثناء الحكم للمدعية بالتعويض[2] وأما التنظيمات العربية الأخرى فقد نصت على مبدأ المسؤولية العقدية كما جاء ذلك في معظم التقنينات المدنية كقولهم: "العقد شريعة المتعاقدين" وقولهم: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه "وقولهم: "إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه"[3]،وجملة القول أن المسؤولية العقدية قد أقرت بها معظم التنظيمات العالمية ونظمت أحكامها وقواعدها بما يتوافق ومصالح الأطراف المتعاقدة .

---

[1] انظر، نظرية الضمان، د/ وهبة الزحيلي، ص٦٤.

[2] القرار رقم ٢٣/ت لعام ١٣٩٨هـ، للقضية رقم ٣١٥/ق عام ١٣٩٦هـ.

[3] انظر الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ص٧٣٥.

المبحث الرابع: ماهية التحكيم وتحته المطالب الآتية:

المطلب الأول: تعريف التحكيم وفيه الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف التحكيم في اللغة:

الحاء والكاف والميم أصل واحد، هو المنع، وهو مصدر (حكّم) والأصل (حكَم)أي: منع[1] ولهذا قيل لمن يحكم بين الناس حاكم لأنه يمنع من الظلم، قال الأصمعي[2]: أصل الحكومة رد الرجل عن الظلم[3]. ويقال: حكّمه في الأمر تحكيماً أي: أمره أن يحكم وفوض الحكم إليه[4] ويقال: حكمه في ماله تحكيماً إذا جعل إليه الحكم فيه[5] والمحكّم ــ بفتح الكاف وكسرها ــ هو من ينصف من نفسه، وحكّمت الرجل ــ بالتشديد ــ أي فوضت الحكم إليه[6]. فأصل التحكيم في اللغة (الحكم) ومعناه المنع، فحكمه في الأمر جعله حاكم يحكم بينهم ويمنع التظالم بينهم، وحكّمت ــ بتشديد الكاف ــ أي فوضت إليه الحكم وهو موافق لمعنى التحكيم في المعنى الاصطلاحي حيث إنّ هذا الأخير يؤدي إلى منع الظلم، كما يأتي التحكيم بمعنى التفويض عند القول بأنه مصدر للفعل حكّم، فيكون معنى التحكيم في اللغة: هو تفويض حاكم ليقوم بمنع التظالم بين الحكَمين المفوضين له.

الفرع الثاني: تعريف التحكيم في الاصطلاح وفيه المسائل التالية:

المسألة الأولى: تعريف التحكيم في الاصطلاح الفقهي:

جاءت تعريفات التحكيم على لسان الفقهاء ــ على اختلاف مذاهبهم ــ بمعنى متقارب فهي وإن اختلفت في بعض الألفاظ إلا أنها متقاربة من حيث المعنى والمضمون وهذه التعريفات على النحو التالي:

عرفه الحنفية بأنه: "تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما"[7].

---

[1] معجم مقاييس اللغة، لابن فارس، ٢/ ٩١.

[2] هو عبدالملك بن قريب بن عبدالملك الباهلي، من رواة العرب نبغ في علم اللغة والأدب والغريب من الأخبار، كان بحرا في اللغة، نزل بغداد في عهد الرشيد، توفي عام ٢١٦هـــ، انظر، وفيات الأعيان، ٣/١٧٠.

[3] لسان العرب، مادة حكم، ٢/ ٩٥١.

[4] القاموس المحيط: ١٤١٥ .

[5] مختار الصحاح، للرازي، ص١٤٨.

[6] القاموس المحيط، مرجع سابق، المصباح المنير، للفيومي، ص١٤٨، لسان العرب، مادة حكم، ٢/ ٩٥٢.

[7] البحر الرائق، ٧/ ٢٤ .

وعرفه المالكية بأنه: "تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما"[١] وأوضحه ابن فرحون بقوله: "ومعناه أن الخصمين إذا حكَّما بينهما رجلاً وارتضياه لأن يحكُم بينهما فإن ذلك جائز في الأموال وما في معناها"[٢].

وعرفه الشافعية بأنه: "تولية خصمين حكماً صالحاً للقضاء ليحكم بينهما"[٣].

وعرفه الحنابلة بأنه: "تولية شخصين حكماً صالحاً للقضاء يرتضيانه للحُكم بينهما"[٤].

وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة(١٧٩٠) بقولها: "التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين آخر حكماً برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما"[٥].

وعرفه بعض الفقهاء المعاصرين بأنه: "عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصاً آخر حكماً بينهما لفصل خصومتهما وقد يكون بين أكثر من طرفين"[٦] وعرفه في موضع آخر بقوله: "التحكيم هو أن يلجأ طرفان مختصمان إلى شخص يختارانه برضاهما ليفصل في الخلاف الذي بينهما، بدلاً من القاضي"[٧].

بعد هذا العرض لتعريفات الفقهاء للتحكيم يتضح لي مايلي:

١- أن هذه التعريفات وإن ارتكزت أساساً على المعنى اللغوي وهو ظاهر، إلا أن ذلك ليس على إطلاقه إذ المعنى اللغوي مطلق والمعنى الاصطلاحي مقيد.

٢- يتضح أيضاً من عبارات الفقهاء أنها متحدة ومتقاربة المعنى والمضمون والاختلاف فيما بينها ينحصر في اللفظ وفي بعض القيود.

المسألة الثانية: تعريف التحكيم في الاصطلاح النظامي:

بعد استعراض تعريفات شرَّاح القانون للتحكيم نجد أنها لم تتعرض - في الأعم الأغلب - إلى تعريف ذات التحكيم، وإنما جاء بعضها منصباً على اتفاق التحكيم كقولهم: "التحكيم هو

---

[١] تبصرة الحكام، لابن فرحون، ٦١/١

[٢] تبصرة الحكام، لابن فرحون، ١/ ٦٢.

[٣] مغني المحتاج، للشربيني، ٣٧٨/٤.

[٤] المغني، لابن قدامة، ١١/ ٤٨٣.

[٥] انظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المادة(١٧٩٠)، ج٤/٥٧٨.

[٦] المدخل الفقهي، للزرقاء، ١/ ٦١٩.

[٧] المرجع السابق، ٥٢٨/١.

عقد تلتقي فيه إرادة المتعاقدين على إحالة النزاع الناشئ عن العقد المبرم بينهما أو أي نزاع قد ينشأ بخصوص هذا العقد، على شخص أو أشخاص معيّنين ليفصلوا في هذا النزاع دون اللجوء إلى القضاء المختص أصلاً بالفصل في هذا النزاع"[1] والبعض الآخر أولى اهتماماً بالطبيعة الخاصة للتحكيم فجاء تعريفه للتحكيم بقوله: "قضاء خاص يتولاه أفراد مزودون بولاية الفصل في المنازعات، وذلك خروجاً على الأصل العام وهو أن أداء العدالة من وظائف الدولة تؤديها سلطتها القضائية"[2]، ومنهم من عرفه بناء على الدور المهم الذي يقوم به أطراف النزاع من حيث إسناد النزاع إلى جهة الاختصاص المتمثلة في هيئة التحكيم بناء على ما يتمتعون به من سلطان الإرادة فجاء تعريفهم له بأنه "مكنة الأطراف في إقصاء منازعاتهم عن قضاء الدولة، واختيار الخصوم لقاضيهم"[3]، ومنهم من عرفه بناء على التزام المحكّم فقال: "يمكن تعريف عقد التحكيم بأنه العقد الذي بمقتضاه يُلزم شخص ويسمى المحكّم بإصدار الحكم خلال مهلة التحكيم في المنازعات المعروضة عليه من الخصوم مقابل مبلغ من المال يؤديه الخصوم"[4].

وعند إمعان النظر في هذه التعاريف نجد أنها لا تشمل جميع مراحل التحكيم، حيث أن التحكيم يمر بمراحل متعددة كقمة الهرم، تبدأ بمرحلة الاتفاق على التحكيم[5]، ثم عرض النزاع على المحكّم، ثم بعد ذلك فصل المحكّم في النزاع فإصدار الحكم ثم تنفيذه، وعند إمعان النظر في مجمل التعاريف السابقة نجد أن كلاً منها اهتم بمرحلة من المراحل دون الأخرى، أو بميزة من مميزات التحكيم دون الأخرى، ومن الملاحظات المهمة — من وجهة نظري — والتي قد يعارض البعض بكونها مسألة مسلّم بها، مسألة عدم ذكر قيد (بوجه شرعي) وهو قيد في غاية الأهمية نظرا لضرورة أن تكون الأحكام مبنية على ما يوافق الشريعة كونها منبع العدالة

---

(1) التحكيم الاختياري والإجباري، أحمد أبو الوفاء، ص١٥.

(2) دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، هدى عبدالرحمن، ص٢٠.

(3) الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، أبوزيد رضوان،ص١٩ .

(4) عقد التحكيم التجاري، لأحمد الملحم، مقال منشور في مجلة الحقوق، العدد الثاني، ١٤١٤ هـ ، ص١٩٢.

(5) وتجري صورة الاتفاق عليه إما مسبقاً بصفته أحد شروط العقد الذي تم بين الطرفين، قبل ظهور الحاجة إليه، وهو مايسميه البعض (شرط التحكيم)، وإما أن يتم الاتفاق عليه لاحقاً،ويتم بموجب اتفاق جديد بينهما، وهو مايسمى (عقد التحكيم) انظر: وظيفة المحكم في الفقه الإسلامي، د/زيد الزيد، ص١٨.

للمتخاصمين، ولتنبيه العاملين في مجال التحكيم على أهمية أن تكون أحكامهم مبنية على أسس شرعية مما يضفي القوة والقناعة في أحكامهم[1] وعند محاولة إيجاد تعريف لذات التحكيم ويشمل جميع مراحله فإنه يمكن تعريفه بأنه: (إحدى الوسائل التي يتم بموجبها الفصل في النزاع، وتتم عن طريق الاتفاق بين المتنازعين وبرضاهما، على إحالة منازعة قائمة، أو مستقبلية، على أشخاص معينين، مختارين من قبلهم، بحكم يصدرونه على الوجه الشرعي، ويتم تنفيذه، دون الرجوع للمحكمة المختصة).

المسألة الثالثة: المقارنة بين الاصطلاح الفقهي والنظامي

مما سبق يتضح تطابق التعريف القانوني للتحكيم مع ما ذكره فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث أن كلا التعريفين متحدان من حيث المدلول، كما أن التحكيم لا يخرج عن كونه اتفاقاً بين أطراف النزاع يتعهدون بموجبه بتولية طرف ثالث يفصل بينهم بعيداً عن لجج الخصوم، ثم إن هذا الاتفاق يستلزم تطابقاً لإرادة الخصمين أو الخصوم في حالة تعددهم، على حسم النزاع القائم بينهم عن طريق التحكيم لا القضاء، وهذا الاتفاق يعتبر في الشريعة الإسلامية عقد معاهدة، ويسمى (معاهدة تحكيم)كالمعاهدة التي كانت بين أمير المؤمنين علي بن أبي طالب ومعاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهما وعن الصحابة أجمعين، بشأن تسليم قتلة عثمان رضي الله عنه وهي واقعة مشهورة[2].

أما في القانون الوضعي فإن هذا الاتفاق يعرف: باتفاق الإحالة وهو لا يخلو من حالين: إما أن يكون هذا الاتفاق وارداً في صلب عقد ما يُنص فيه بأنّ أي نزاع قد ينشأ بخصوص تنفيذ بند من بنوده يتم حله عن طريق التحكيم، وهو ما اصطُلح على تسميته عند شراح القانون بـــ (شرط التحكيم)، وإما أن يكون الاتفاق على التحكيم بصدد نزاع قائم فعلاً بين الخصوم وهو مايسمى (مشارطة التحكيم).

والفرق بين هذه التسمية في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية هو أن الإسلام يعتبر اتفاق أطراف النزاع معاهدة، والشريعة الإسلامية توجب احترام العهود والالتزام بالوفاء بها، لقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدتُّمْ وَلَا تَنقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ

---

[1] سوف يأتي الحديث ـــ إن شاء الله ـــ عن مسألة تحكيم غير المسلم عند الحديث عن شرط الإسلام في المحكم.

[2] انظر، التحكيم في الشريعة الإسلامية، مسعد عواد الجهني، ص٣٧-٣٨.

مَا تَفْعَلُونَ ﴾[1]، وهذا على خلاف ما عليه الوضع في النظم الوضعية إذ لا تتجاوز مكانة العقود أو العهود فيها كونها مبدأ، كثيراً ما يتعذر تنفيذها والوفاء بها بزعم ادّعاء المصلحة[2].

المطلب الثاني: نشأة التحكيم

عرفت البشرية التحكيم منذ أوائل عصورها كشكل من أشكال إرساء العدالة، فقد عرفه الإنسان في المراحل الأولى لتكوين الفكر القانوني عند الإنسان[3]، ثم تطور مع النمو الحضاري للبشرية، حتى بلغ المرحلة التي نراها اليوم، وقد اعتبر التحكيم أعلى مراحل التطور التي وصلت إليها الجماعات البشرية القديمة، في عهد القوة آنذاك،واستقرت فكرة هذا النوع من التقاضي في أذهان الناس، وألفوا الالتجاء إليه حتى صار عادة أصلية عندهم[4]. وبإلقاء نظرة بجملة على تاريخ التحكيم منذ قديم الزمان وحتى زماننا هذا، نجد أن السومريين الذين قطنوا العراق قد عرفوا التحكيم منذ زمن طويل، حيث كان هو الوسيلة التي تفض بموجبها المنازعات، وصار حكم المحكّمين من السوابق القضائية التي صارت مصدراً مهماً للقانون فيما بعد[5]، كما عرف الإغريق التحكيم، حيث كان يفصل في المنازعات بين دويلات المدن اليونانية مجلس دائم للتحكيم (الأمفيكتيوني) وكذلك عرفه اليونان إلا أنهم قصروا مجال التحكيم في القانون الخاص، أما الدولي فلم يعرفوه وذلك لأنهم ينكرون المساواة بين الدول والتي يرون أنها خاضعة لحكمهم[6].

وكذلك عُرِف التحكيم عند العرب وقد جاءت معرفتهم له على مرحلتين:

المرحلة الأولى: مرحلة ما قبل الإسلام (الجاهلية).

لم يكن للعرب في هذه المرحلة حكومة منظمة، ولا ملوك لهم سلطة منع المعتدين، أو الأخذ على أيدي الغادرين بما لهم من قوة تنفيذية، وإنما كانوا قبائل تربط أفراد كل قبيلة بها رابطة الدم وحسن الجوار، وكان لكل قبيلة شيخ أو رئيس يدير شئونها وعلاقاتها مع القبائل

---

[1] سورة النحل: آية ٩١.

[2] التحكيم في الشريعة الإسلامية، للجهني، ص٣٨.

[3] التحكيم في المملكة العربية السعودية، محمد البجاد، ص١٩.

[4] التحكيم في الشريعة الإسلامية، للجهني، ١٩ .

[5] عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، قحطان الدوري، ص٣٩.

[6] المرجع السابق، ص٤٠.

الأخرى، كما أنهم كانوا يفتقدون النظام القضائي المنظم، فإذا ما وقع نزاع بين أفراد القبيلة تحاكم أطراف النزاع إلى شيخ القبيلة أو إلى من عرف بجودة الرأي، وأصالة الحكم من أفرادها أو إلى غيرهم، وقد اشتهر عدد من الشخصيات العربية بسداد الرأي فكان الناس يحتكمون إليهم كالحاجب بن زرارة، والأقرع بن حابس، وقس بن ساعدة، وأكثم بن صيفي، وعبدالمطلب بن هاشم[1]، كما أن الرسول ﷺ كان يحتكم إليه الناس قبل الإسلام، يدل على ذلك القصة المشهورة في إعادة الحجر الأسود إلى مكانه بعد إعادة بناء الكعبة، وقد فصل عليه الصلاة والسلام في ذلك، فحكّام العرب هم: إما حكام منحوا مواهب، جعلت الناس يركنون إليهم في حل المشكلات، وإما كهّان لجأ الناس إليهم لاعتقادهم بصحة أحكامهم،وإما عراف صادفوا من يثق بما يقولون أو يتنبؤون به [2]، وإما رجال اشتهروا بالصدق والأمانة والنزاهة والعدالة، يقول اليعقوبي[3]: "وكان للعرب حكّام ترجع إليها في أمورها، وتتحاكم في منافراتها ومواريثها ومياهها ودمائها، لأنه لم يكن دين يرجع إلى شرائعه، فكانوا يحكّمون أهل الشرف والصدق والأمانة والرئاسة والسن والمجد والتجربة ..."[4].

المرحلة الثانية: وهي مرحلة ما بعد ظهور الإسلام، ففي هذه المرحلة حدث العديد من التطورات السياسية والاجتماعية، فقد أصبح هناك دولة يرأسها الرسول ﷺ لها العديد من السلطات من بينها سلطة إقامة العدل بين الناس وإعطاء كل ذي حق حقه. وكان طبيعياً أن يعتد الإسلام بالتحكيم ويقره كنوع من أنواع القضاء فيه من أجل إحقاق الحق وإبطال الباطل[5]، وقد حرص الإسلام من أول تشريعاته على أهمية حل المشاكل التي تفتت وحدة الجماعة وتكدر صفو عيشهم وأراد أن يحل الوئام محل التنافر والاختلاف، فبدأ بأهم مشاكل المجتمع وأدقها وأولاها اهتماماً جلياً فقال تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ

---

[1] التحكيم في الشريعة الإسلامية، للجهني، ص٢١.

[2] عقد التحكيم، الدوري، ص٤١.

[3] هو أحمد بن إسحاق بن جعفر العباسي، اشتهر باليعقوبي، مولى بني هاشم، برع في التاريخ. من مؤلفاته: التاريخ، أسماء البلدان. توفي في عام ٢٤٨ هـ. انظر الأعلام للزركلي، ١/ ص٩٥.

[4] المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، د/جواد علي، ج٥/٦٣٥.

[5] التحكيم في المملكة العربية السعودية، لمحمد البجاد، ص٢٣.

﴿وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [1] فجعل حسمها بوسيلة التحكيم وجعل تعيين الأصلح من أمر الزوجين موكول إلى احتماع احتهاد الحكمين[2].

أما في العصور الوسطى فقد شهد التحكيم العديد من التطورات وخصوصاً في أوروبا حيث أصبح اللحوء إليه لفض المنازعات الدولية أمراً مألوفاً فكانت الدول كثيراً ماتحكّم البابا أو أحد الملوك للفصل في المنازعات الناشئة بينهم ويكون لحكمهم الصفة القضائية، وقد اعتمد في هذه العصور على مبدأ تحكيم الأقران والذي بمقتضاه يختار الأمراء المتنازعون محكّماً من بين الأمراء الآخرين وكذلك تحتكم المدن المتنازعة إلى مدن أخرى وهكذا. أما في العصور الحديثة فقد تطور التحكيم نتيحة لتطور الظروف الاحتماعية والسياسية والاقتصادية العالمية وأصبح مصدراً للتوفيق والمصالحة بين المتخاصمين، كما زادت أهميته والحاجة إليه نظراً لعدم رغبة كثير من المتعاملين بالتحارة وخاصة الدولية، في الخضوع لقوانين أجنبية قد يجهلونها مما يجعل تطبيقها مضراً بمصالحهم، بالإضافة إلى النفقات الكبيرة التي يتكبدها الطرف الأجنبي عند مثوله أمام قضاء دولة أخرى[3].

أما في المملكة العربية السعودية فقد حرصت المملكة على تنظيم التحكيم انطلاقاً من مشروعيته في الإسلام، فحاء أول تنظيم للتحكيم على شكل مواد في نظام المحكمة التحارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٢) وتاريخ ١٥/١/ ١٣٥٠ هـ تجيز التحكيم في المنازعات التحارية والصناعية، ثم حاء نظام الغرفة التحارية والصناعية الصادر عام ١٣٦٥ هـ وأعطى للغرفة صلاحية أن تكون حكماً في حسم الدعاوى والمنازعات التي تقع بين التحار بناء على تكليف أو اتفاق الأطراف المتنازعين على اللحوء إلى الغرفة ومع ازدهار الحركة التحارية الداخلية والخارجية، وكثرة اللحوء إلى التحكيم كونه الوسيلة الفعالة لحل المنازعات ونظراً لضرورة الاستحابة لمتطلبات التحارة أصبح من الضروري وضع نظام حديث ومتكامل للتحكيم، يكون أكثر وضوحاً وشمولاً من الأنظمة السابقة كونها لم تحقق الغرض المطلوب فتطبيق نصوص المواد التي تضمنها نظام المحكمة التحارية كان اختيارياً، أضف إلى ذلك أن

---

[1] سورة النساء: أية ٣٥.

[2] التحكيم في الشريعة الإسلامية، للحهني، ص٢٥.

[3] التحكيم في المملكة العربية السعودية، محمد البحاد،ص٢٨ ـ ٢٩.

نظام الغرفة التجارية والصناعية الصادرعام ١٣٦٥ هـ اكتفى بإقرار مشروعية التحكيم النظامي أو المؤسسي و لم ينظم الأحكام أو الإجراءات التي يتم على أساسها التحكيم. ونتيجة لذلك تضمن نظام الغرفة التجارية والصناعية الذي صدر بتاريخ٣٠/٤/١٤٠٠ هـ العديد من النصوص التي تنظم التحكيم النظامي أو المؤسسي في المنازعات التجارية فقد جعل هذا النظام من مهام الغرفة التجارية الصناعية أن تفصل في المنازعات التجارية عن طريق التحكيم، إذا اتفق أطراف النزاع على إحالتها إليها، كما وضعت اللائحة التنفيذية لهذا النظام والصادرة بقرار وزير التجارة بتاريخ ٢٢/ ٥/ ١٤٠١هـ القواعد والإجراءات التي يجب إتباعها عند القيام بالتحكيم بين الأطراف المتنازعين أمام الغرفة التجارية وكان صدور هذا النظام بمثابة اعتماد التحكيم النظامي أو المؤسسي في المملكة، ولكن بقي تحكيم الحالات الخاصة والذي يتم اللجوء إليه من قبل المتنازعين الذين ليسوا تجاراً أوصناعيين محكوماً بنظام المحكمة التجارية الذي لم يكن موجودا إلا من الناحية النظرية فقط، وذلك عائد لإنكار القضاء ـــ في ذلك الوقت ـــ للشرط التحكيمي عند رغبة أحد الأطراف المتنازعين التمسك به كما أن تنفيذ الحكم التحكيمي يبقى اختيارياً وبالتالي لا يمكن إجبار المحكوم عليه بتنفيذ الحكم مما ينفي الصفة الإلزامية للحكم التحكيمي وبناء عليه يكون اللجوء إلى التحكيم محدوداً لعدم إمكانية تحقق الفوائد التي يحصل عليها المتخاصمون من هنا ظهرت الحاجة الماسة إلى وضع نظام للتحكيم يتلاءم مع الدور الكبير الذي يلعبه التحكيم كوسيلة للفصل في المنازعات ويواكب في الوقت نفسه مقتضيات العصر الحديث والنهضة الاقتصادية التي تعيشها المملكة فكان ذلك بصدور نظام التحكيم بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٤٦) وتاريخ١٢/٧/١٤٠٣ هـ كما صدرت اللائحة التنفيذية لهذا النظام بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ٧/٢١٢١ وتاريخ ٨/٩/١٤٠٥ هـ ويتميز هذا النظام ولائحته بحداثته وموافقته للشريعة الإسلامية[١].

المطلب الثالث:حكم التحكيم (مدى مشروعيته)

ذهب جمهور الفقهاء ـــ رحمهم الله ـــ إلى جواز التحكيم[٢] واستدلوا على ذلك بأدلة من الكتاب والسنة المطهرة والمعقول وهي كما يلي:

---

[١] المرجع السابق: ص٣٠ ـــ٣٢.

[٢] وذهب بعض الفقهاء إلى عدم جواز التحكيم عند وجود قاض في البلد، وهو قول لبعض الشافعية، انظر مغني المحتاج: ٣٧٩/٤، وذهب البعض الأخر إلى عدم جواز التحكيم مطلقاً وهو قول لابن حزم رحمه الله، انظر المحلى، ٤٣٥/٩.

أولاً من الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ [1].

فهذه الآية أصل في مشروعية التحكيم في الشقاق بين الزوجين، وفي سائر الحقوق والدعاوى[2]. قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله[2]: "وذكر ابن عباس أن التحكيم في أمر أميرين لأجل دماء الأمة أولى من التحكيم في أمر الزوجين والتحكيم لأجل دم الصيد. وهذا استدلال من ابن عباس بالاعتبار وقياس الأولى، وهو الميزان فاستدل عليهم بالكتاب والميزان"[3].

ومن السنة: عن شريح بن هانئ عن أبيه هانئ: "أنه لما وفد إلى رسول الله ﷺ ، مع قومه سمعهم يكنونه بأبي الحكم، فدعاه رسول الله ﷺ فقال: إن الله هوالحَكَم وإليه الحُكمُ، فلم تكنّى أبا الحكَم؟ فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم، فرضي كلا الفريقين فقال رسول الله ﷺ : ما أحسن هذا، فمالك من الولد؟ قال: لي شريح ومسلم وعبدالله قال: فمن أكبرهم ؟ قلت: شريح. قال: فأنت أبو شريح[4].

ووجه الدلالة من الحديث: أن النبي ﷺ استحسن ذلك العمل من هانئ وأقره عليه، وهذا دليل على مشروعيته.

من الآثار: مارواه الشعبي[5] قال: "كان بين عمر، وأُبيّ ــــ رضي الله عنهما خصومة فقال عمر: اجعل بيني وبينك رجلا، قال: فجعلا بينهما زيد بن ثابت ﷺ قال: فأتوه. قال: فقال عمر، أتيناك لتحكم بيننا وفي بيته يؤتى الحكم. قال: فلما دخلوا عليه أجلسه معه على صدر فراشه. قال: فقال (أي: عمر): هذا أول جور جرت في حكمك، أجلسني وخصمي مجلساً. قال: فقصا عليه القصة. قال: فقال زيد لأبي: اليمين على أمير المؤمنين، فإن شئت أعفيته قال:

---

(1) سورة النساء، الآية: ٣٥.

(2) الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبدالله محمد القرطبي، ٥/١٧٠، المبسوط، ٦٢/٢١.

(2) هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النُّميري الحراني الدمشقي الحنبلي. إمام حافظ،مجتهد، فقيه،أصولي، مفسر، شيخ الإسلام، العالم الزاهد، من مؤلفاته: الفتاوى، ومنهاج السنة، الصارم المسلول، توفي بدمشق سنة ٧٢٨ هـــ، تذكرة الحفاظ١١٧٥/٤، ذيل طبقات الحنابلة ٣٨٧/٢.

(3) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٩٠/١٩ ـــ ٩١.

(4) أخرجه أبوداود، كتاب الأدب، باب تغير الاسم القبيح، حديث رقم (٤٩٥٥)٢٢٩/٤.

(5) هو: أبوعمرو عامر بن شراحيل بن عبد الهمداني الحميري الكوفي، من شعب همدان، إمام حافظ فقيه ثبت، تولى قضاء الكوفة، مات سنة ١٠٣هـــ وقيل ١٠٤ هـــ ، انظر الجرح والتعديل ٦/ ٣٢٢، تذكرة الحفاظ٧٩/١.

فأقسم عمر على ذلك. قم أقسم له لا تدرك باب القضاء حتى لا يكون لي عندك على أحد فضيلة"[1]، **أما الإجماع:** فقد اختلف في كون الإجماع مستنداً ثابتاً لشرعية التحكيم فجمهور الفقهاء الذين ذهبوا إلى جواز التحكيم مطلقاً استدلوا بالإجماع على جواز ذلك حيث قالوا: أنه وقع لجمع من الصحابة، ولم ينكر ذلك أحد منهم وقد اشتهر فكان إجماعاً[2] يقول الإمام السرخسي[3] رحمه الله في ذلك: "والصحابة مجمعون على جواز التحكيم"[4] ويقول الرملي[5]: "لأنه وقع لجمع من الصحابة ولم ينكر مع اشتهاره فكان إجماعا"[6]، وقد خالف بعض الباحثين المعاصرين في ثبوت مستند الإجماع في هذه المسألة، حيث قال: "ولكن هذا النقل للإجماع لا يثبت، ولو أن الصحابة أجمعوا عليه لما وسع أحدا من بعدهم أن يخالفهم، ولكن لما لم يثبت لدى بعض العلماء صحة إجماع الصحابة رضي الله عنهم ذكروا أقوالا تخالف القائلين بالجواز"[7].

ومن المعقول: ١- أن لطرفي النزاع ولاية على أنفسهما، فصح تحكيمهما، لما يتمتعان به من ولاية على نفسيهما فهو ولاية تستفاد من آحاد الناس[8].

---

[1] أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي: باب القاضي لا يحكم لنفسه، ١٤٤/١٠ــ ١٤٥، وأخرجه السخاوي في المقاصد الحسنة نقلاً عن سعيد بن منصور في سننه من جهة الشعبي: المقاصد الحسنة، حديث رقم ٧٥٠، ص٣٠٠ وهو من قبيل المرسل لأنه عن الشعبي عن عمر، وجاء في تهذيب التهذيب، أن الشعبي لم يسمع من عمر ولا من زيد بن ثابت، انظر تهذيب التهذيب٥/٦٠، وعليه فا الإسناد منقطع.

[2] تبيين الحقائق، للزيلعي، ١٩٣/٤ .، وحاشية قليوبي وعميرة ٤/ ٢٩٢.

[3] هو محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، شمس الأئمة ومن كبار علماء الحنفية برع في علم الأصول والكلام وبرع في الجدل والمناظرة، من مؤلفاته، المبسوط، شرح السير الكبير، توفي سنة ٤٩٠ هـــ انظر الجواهر المضية في طبقات الحنفية: ٧٨/٣.

[4] المبسوط، للسرخسي، ٦٢/٢١.

[5] هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن حمزة بن أبي شهاب الرملي الشافعي المتوفي المصري الأنصاري، فقيه شافعي، انتهت إليه رئاسة الشافعية بمصر، واشتهر بالشافعي الصغير، توفي سنة ٩٧٥ هــــ من مؤلفاته: الفتاوى، ونهاية المحتاج، انظر: الأعلام١/١٢٠.

[6] نهاية المحتاج، للرملي، ٢٤٢/٨.

[7] ذكر ذلك، د/زيد الزيد في كتابه، وظيفة الحكم في الفقه الإسلامي، في الحاشية رقم (١) ص٢٠.

[8] تبيين الحقائق، للزيلعي، ١٩٣/٤.

٢ - أن حقيقة التحكيم إنهاء النزاع بين الخصوم، وأهدافه تسوية النزاع بالطرق السلمية من أجل قطع دابر الخلاف ولإعادة الوئام والألفة، وهذا من أهم مقاصد الدين الحنيف[1]، ثم إن الحاجة إليه لا تزال قائمة نظرا لما فيه من توسعة للناس في فصل أقضيتهم بواسطة محكميهم من غير ترافع للقضاء من الذين لا يرغبون الحضور لمجلس القضاء، أو يرغب تجنب طول أمد التقاضي.

فالحكمة من مشروعية التحكيم: تتمثل في إدراك فائدته في الفصل في الخصومات، حتى لا تشيع العداوة والبغضاء إذا ما تركت دون الفصل فيها بحكم صادر عن قاض مولى أو حكم محكم مختار، وبهذا فالتحكيم يحقق كلا لمصلحتين: مصلحة القضاء في تخفيف العبء عنه،ومصلحة الأفراد في رفع مشقة الانتظار عنهم، أو تكاليف الترافع أمام القاضي المولى، والتي تكون في بعض الأحوال حائلا دون تحقيق العدالة في إيصال الحقوق إلى أهله فحاجة الناس إلى التحكيم قائمة، نظراً ليسر إجراءاته، وقلة تكلفته وسرعة الفصل في الخصومات والله سبحانه يقول: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ وَلِتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَى مَا هَدَاكُمْ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾[2] والتحكيم فضلاً عن أنه يؤدي إلى قطع المنازعات، ورفع المشقة عن المتخاصمين، فإنه يؤدي إلى إصلاح ذات البين فيما بين المتخاصمين، على العكس من الفصل فيها عن طريق القضاء[3] إلا أن هذا الجواز الذي دلت عليه الأدلة الشرعية قد يرتقي إلى الوجوب وذلك في الحالات التالية:

الحالة الأولى: إذا ورد به النص كما في قوله تعالى ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[4] والأمر إذا تجرد من القرائن دل على الوجوب ولا يصرف عن ذلك إلا بقرينة، والأمر في قوله تعالى ﴿فَابْعَثُوا﴾ دال على وجوب البعث و لم تقترن به قرينة تصرفه عن هذا الوجوب فبقي على إيجابه[5] يقول

---

(١) التحكيم في الشريعة الإسلامية، للجهني، ص٥٤.

(٢) سورة البقرة، الآية: ١٨٥.

(٣) انظر: التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي، د/محمد السيد عرفه، ص٥٠ ــ ٥١.

(٤) سورة النساء، الآية: ٣٥.

(٥) التحكيم والصلح، د/ محمدعرفه، مرجع سابق ص٥٢.

الرملي[1]: "فإذا اشتد الشقاق ــ أي الخلاف بين الزوجين ــ بعث القاضي وجوباً للآية، لأنه من باب دفع المظلمات، وهو من الفروض العامة على الحاكم"[2].

الحالة الثانية: إذا أمر به السلطان كأن يرى أن من المصلحة فض الخصومة القائمة عن طريق التحكيم فله ذلك، ما لم يخالف نصاً أو إجماعاً أو قاعدة عامة، لأن تصرف الإمام بالرعية منوط بالمصلحة[3].

الحالة الثالثة: عند احتياج الخصمين لحكم قضائي يفصل في النزاع القائم بينهما، وهما في بلد لا يحكِّم شرع الله فليس أمامهما - والحالة هذه - إلا تحكيم طرف ثالث، يحكم بينهما بشرع الله، ويوثق الحكم من قبل الجهات الرسمية في ذلك البلد، وبالتالي يتحقق المطلوب دون ارتكاب المحظور[4].

وقد يكون الحُكمُ على العكس من ذلك فيكون محظوراً وذلك في الحالات التالية:

الحالة الأولى: إذا كان موضوع التحكيم حقاً من حقوق الله تعالى كالحدود، أو كان الحكم فيه يستلزم إثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المحتكمين ممن لا ولاية للحكم عليه، كاللعان، لتعلق حق الولد به، أو كان موضوع التحكيم فيما ينفرد به القضاء دون غيره بنص شرعي أو نظامي. وقد جاء في قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي بشأن مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي مايلي:

١- التحكيم اتفاق طرفي خصومة معينة، على تولية من يفصل في منازعة بينهما، بحل ملزم، يطبق الشريعة الإسلامية. وهو مشروع سواء أكان بين الأفراد أم في مجال المنازعات الدولية.

٢- التحكيم عقد غير لازم لكل من الطرفين المحتكمين والحكم، فيجوز لكل من الطرفين الرجوع فيه ما لم يشرع الحكم في التحكيم، ويجوز للحكم أن يعزل نفسه ولو بعد قبوله مادام لم يصدر حكمه، ولا يجوز له أن يستخلف غيره دون إذن الطرفين، لأن الرضا مرتبط بشخصه.

---

[1] تقدمت ترجمته، ص٣٦.

[2] نهاية المحتاج، للرملي، ٦/ ٣٩٢.

[3] التحكيم والصلح، د/محمد عرفه، ص٥٣.

[4] وظيفة المحكم في الفقه الإسلامي، د/زيد الزيد ص٣٠.

٣- لا يجوز التحكيم في كل ما هو حق لله تعالى كالحدود، ولا فيما استلزم الحكم فيه إثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المحتكمين ممن لا ولاية للحكم عليه. كاللعان، لتعلق حق الولد به ولا فيما ينفرد القضاء دون غيره بالنظر فيه. فإذا قضى الحكم فيما لا يجوز فيه التحكيم فحكمه باطل ولا ينفذ.

٤- يشترط في الحكم بحسب الأصل توافر شروط القضاء[١].

المطلب الرابع: نطاق التحكيم وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: نطاق التحكيم في الفقه الإسلامي وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: نطاق التحكيم من حيث المحل (النطاق الموضوعي):

احتوت كتب الفقه في باب التحكيم على تحديد الحقوق التي يجوز فيها التحكيم وتلك التي لا يجوز فيها، وقبل الحديث عن هذه الحقوق يحسن ذكر أقسام الحقوق في الفقه الإسلامي، وهي تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

١- حقوق خالصة لله تعالى: وهي ما يتعلق بالنفع العام من غير اختصاص بأحد، كبعض الحدود مثل حد الزنا، وكالعبادات الخاصة كالإيمان والصلاة والصوم والحج ونحو ذلك.

٢- حقوق خاصة بالعبد: وهي التي شرعت لمصلحة دنيوية خاصة بالفرد.

٣- ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب كحد القذف، أو اجتمع الحقان وحق العبد غالب كالقصاص، وتظهر أهمية ذكر هذه التقسيمات بالنسبة للمسألة التي نحن بصددها، في أن حقوق الله تعالى لا يجوز فيها الصلح، إنما الصلح بين العبد وربه في إقامتها، ولا تقبل الإسقاط، ولا المعاوضة بالمال، ولا تورث، أما حقوق العباد فيحوز فيها الصلح وتسقط وتقبل المعاوضة وتورث، وأما ما اجتمع فيه الحقان، حق الله وحق العبد فيرى الحنفية أنه إذا استوفي أحدهما سقط الأخر، فلا يجتمع قصاص مع الدية[٢]. وقد اختلف الفقهاء في ما يجوز فيه التحكيم ومالا يجوز فيه وبيان الخلاف هو كالتالي:

---

[١] مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد التاسع، ٥/٤.

[٢] الفتاوى الهندية، ٣٧٩/٣، وانظر في تقسيم الحقوق، الملكية في الشريعة الإسلامية، للشيخ علي الخفيف، ص٨.

تحرير محل النزاع: اتفق الفقهاء من حيث الجملة على جواز التحكيم في الأموال وما في معناها مما يجوز بذله والعفو عنه والصلح عليه، ولا يشترط في ذلك إذن الإمام[1].

واختلفوا في العقوبات من الحدود والقصاص والتعازير والقذف، واللعان والنكاح ونحوه مما لا يجوز بذله ولا العفو عنه ولا الصلح عليه على أقوال:

القول الأول: يجوز التحكيم في جميع العقوبات سواء كان منها الحدود أم القصاص، وغير ذلك من الأموال واللعان وغير ذلك، وسواء كانت من حقوق الله أم من حقوق العبد، ذهب إلى هذا القول الحنابلة وهو المذهب عندهم[2]، وقالوا: "أنه يصح أن يُحكِّم الخصمان رجلاً يرتضيانه ليحكم بينهما في كل ما ينفذ فيه حكم القاضي"[3]، وهو قول لبعض الشافعية[4] ودليلهم: أن النبي ﷺ امتدح صنيع هانئ من غير استفسار منه عما يحكم فيه[5]، فدل ذلك على عمومه لجميع ما يدخله حكم من ولاه الإمام[6]، ثم إن من صح حكمه في مال صح في غيره[7].

القول الثاني: لا يجوز التحكيم في العقوبات مطلقاً، سواء كانت متعلقة بحق الله أم بحق العبد، ولا اللعان والنكاح، وهو قول لبعض الحنفية والمذهب عند المالكية، وقول القاضي من الحنابلة[8]، ودليلهم: أن استيفاء الحدود خاص بالإمام، وليس للمحكّمين ولاية على دمهما ولا يستباح برضاهما، ثم إن مثل هذه الأمور لها قدر فيحتاط لها ولا يحكم فيها إلا صاحب ولاية[9].

---

[1] شرح أدب القاضي، لابن مازه، ٦٣/٤، تبصرة الحكام، لابن فرحون، ٦٢/١، مغني المحتاج، للشربيني ٣٧٩/٤، الإنصاف، للمرداوي، ١٩/١١.

[2] الإنصاف ١٩٧/١١، شرح المنتهى، ٤٦٧/٣.

[3] المغني، لابن قدامة، ٩٣/١٤.

[4] مغني المحتاج، للشربيني، ٣٧٩/٤.

[5] سبق تخريجه، ص٣٥.

[6] الإنصاف، مرجع سابق، ١٩٧/١١.

[7] مغني المحتاج، مرجع سابق، ص٣٧٩/٤.

[8] شرح أدب القاضي، مرجع سابق، ٦٣/٤؛ تبصرة الحكام، ٦٢/١؛ الهداية لأبي الخطاب، ١٢٢/٢.

[9] المراجع السابقة .

القول الثالث: يجوز التحكيم في العقوبات التي هي من حق العبد، فيجوز التحكيم في حد القذف والقصاص، وهو قول لبعض الحنفية، والأكثر عند الشافعية[1]، ودليلهم: أن حد القذف والقصاص حقهما، والاستيفاء إليهما، فيمكن التحكيم فيه، أما حق الله تعالى فلا طالب له معين، فلا يمكن لأحد التحكيم فيه[2].

والذي يظهر والله أعلم: أن التحكيم جائز في الحقوق التي يملك الأفراد التصرف فيها كالحقوق الخاصة كالبيع ونحوه، لأنه حق شرع لمصلحته وله الخيار إن شاء استوفاه أو أسقطه فجاز فيه التحكيم، فكل ما هو مال وما في معناه مما يجوز بذله والعفو عنه والصلح عليه يجوز التحكيم فيه، أما العقوبات فالذي يظهر أنه لا يجوز فيها التحكيم مطلقاً، وسواء كانت متعلقة بحق لله أم بحق للعبد، لخطورة ذلك حيث أنه يولد التنافر والتباغض بين الأفراد ولذلك يكون مناط الحكم فيها للقاضي، وكذلك لا يجوز التحكيم في اللعان والنكاح والطلاق والنسب لأن هذه حقوق يختص الولاة بإقامتها، لعظم أمرها والله أعلم.

المسألة الثانية: نطاق التحكيم من حيث الأشخاص:

اشترط فقهاء الحنفية والشافعية أن يكون الخصم المحكّم متصفاً بأهلية التحكيم بمعنى أن يكون عاقلاً بالغاً، وذلك لأن للتحكيم أهمية كبيرة، وتترتب عليه آثار مهمة، فوجب أن يكون الخصمان بالغين عاقلين، ليكونا على دراية ومعرفة وخبرة بما يجريانه ويقدمان عليه من تحكيم[3].

الفرع الثاني: نطاق التحكيم في النظام وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: النطاق الموضوعي للتحكيم

نصت المادة الثانية من نظام التحكيم على أنه: "لا يقبل التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح..." ويلاحظ على هذه المادة عدم تحديدها للمسائل التي لا يجوز فيها الصلح، إلا أن المادة الأولى من اللائحة التنفيذية قد أوردت على سبيل المثال لا الحصر بعض أنواع المسائل التي لا يجوز أن يتم الصلح فيها وهي جرائم الحدود وكذلك اللعان بين الزوجين، وفي ذلك

---

[1] شرح أدب القاضي، لابن مازه: ٦٣/٤؛ مغني المحتاج: ٣٧٨/٤.

[2] المراجع السابقة.

[3] درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، ٦٤٠/٤؛ حاشية القليوبي، ٢٩٨/٤؛ التحكيم في الشريعة الإسلامية، عبدالله آل خنين، ص٩٤.

إشارة إلى تطبيق القواعد العامة في الشريعة الإسلامية عند تحديد نطاق تلك المسائل، ويدخل في تلك المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها، ما يتعلق بتحديد المسؤولية الجنائية وهو ما يعني تقرير ما إذا كان الشخص مذنبا أم غير مذنب وتحديد العقوبة الجنائية التي يجب تطبيقها على الجاني، وكذلك لا يلجأ إلى التحكيم في تحديد النسب، وما إذا كان الشخص يعتبر وارثاً أم لا وكذلك لا يلجأ إلى التحكيم في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية كتقرير الحقوق المتعلقة بالطلاق أو ما يتعلق بحضانة طفل، أما ما يتعلق بتحديد المسائل المالية المتعلقة بالحقوق الشخصية فإنه يجوز الفصل فيها عن طريق التحكيم، وذلك لأن المستفيد منها له الحق في التنازل عنها[1]، كذلك لا يجوز اللجوء إلى التحكيم مطلقاً في المنازعات المتعلقة بمسائل تعتبر من النظام العام سواء كانت مدنية أو تجارية أو اقتصادية أو احتماعية، والهدف من منع التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، هو تعلق مثل تلك المسائل بالمصالح العليا للمجتمع ولكل فرد فيه، وبالتالي يجب إخضاعها للسلطة العامة للقضاء بصفتها صاحبة الولاية للفصل في مثل تلك المسائل، ولأن في ذلك ضمانة لعدم المساس بحق المجتمع وأفراده وتحقيقا لمبادئ العدالة والمساواة في تطبيق قواعد النظام وسريانها على جميع أفراد المجتمع، وعليه فلا يجوز التحكيم في مدى استحقاق شخص ما للجنسية أو إسقاطها عنه، ولا بتعيين الموظفين أو إقالتهم، ولا فيما يتعلق برد القضاة أو عزلهم، لأن ذلك من اختصاص الجهات الرسمية وحدها[2].

المسألة الثانية: النطاق الشخصي: نصت المادة الثانية من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم على أنه: "لا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف الكاملة.." وذلك لكون اتفاق التحكيم من العقود الرضائية فيجب أن تتوافر في أطرافه أهلية التصرف الكاملة، وهذا النص على الأهلية يشمل نوعين من الأشخاص، الشخص العادي والشخص الاعتباري، والشخص العادي من حيث الأهلية على ثلاث حالات:

---

[1] التحكيم في المملكة العربية السعودية، لمحمد البجاد، ص٤٧ــ ٤٨.

[2] المرجع السابق، ص٤٨.

الأولى: حالة كمال الأهلية ويقصد بها: بلوغ الإنسان سناً معينة يسمح له فيها بالتصرف بحرية تامة في نفسه أو ماله من دون تدخل من شخص آخر، فهذا له أن يجري جميع التصرفات القانونية بما فيها الاتفاق على التحكيم.

الثانية: حالة نقصان الأهلية وتشمل الصغير المميز وكذلك من بلغ وكان سفيهاً أو ذا غفلة، فهؤلاء سمح لهم النظام باللجوء إلى التحكيم بشرطين:

١- وجود ولي أو وصي أو قيّم وذلك لأن التحكيم من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر.

٢- موافقة المحكمة المختصة على ذلك.

ونص المادة: "لا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف الكاملة ولا يجوز للوصي على القاصر أو الولي المقام أو ناظر الوقف اللجوء إلى التحكيم ما لم يكن مأذونا له بذلك من المحكمة المختصة"[١] ويعتبر نص المادة نصاً آمراً لا تجوز مخالفته أو الاتفاق على مخالفته بين أطراف الخصومة أو بعضهم وكل اتفاق مخالف يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً ويكون لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه[٢].

الثالثة: حالة انعدام الأهلية، والحكم في هذه الحالة هو ما ذكرناه في الحالة الثانية. أما الشخص الاعتباري: فهو على نوعين: ١- شخصية اعتبارية عامة: وهي هيئات تقوم بتحقيق مصالح تهم المجتمع كله أو بعضه عن طريق إدارة مرافق معينة، الغرض منها تحقيق تلك المصالح، يمنحها القانون الشخصية الاعتبارية، كالدولة والمؤسسات العامة والمديريات[٣]، وهذه اشترط لها النظام عند عزمها اللجوء للتحكيم الحصول على موافقة رئيس مجلس الوزراء حيث جاء نص المادة الثالثة من النظام: "لايجوز للجهات الحكومية اللجوء إلى التحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء.."، كما أجاز نظام التحكيم للجهات الحكومية أن تتفق مسبقاً على اللجوء إلى التحكيم قبل نشوء أي نزاع، عن طريق تضمين العقود التي تبرمها شرط التحكيم وقد اشترط النظام الحصول على ترخيص مسبق من رئيس مجلس الوزراء بالموافقة على إدراج مثل هذا الشرط في العقد المراد إبرامه، كما نص على ضرورة إبلاغ

---

[١] المادة الثانية من اللائحة التنفيذية للنظام.

[٢] التحكيم في المملكة، للبحاد، ص٦٩.

[٣] نظرية القانون والحق، د/إسحق منصور، ص٢٣٩ ؛ وانظر،التحكيم في المملكة، للبحاد، ص٧٤.

مجلس الوزراء بالأحكام التي تصدر في مثل هذه الحالات[1]، وقد وردت هذه الإجازة في نص المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية للنظام حيث نصت على أنه: "..ويجوز بقرار مسبق من رئيس مجلس الوزراء أن يرخص لهيئة حكومية في عقد معين بإنهاء المنازعات الناشئة عن طريق التحكيم، وفي جميع الحالات يتم إخطار مجلس الوزراء بالأحكام التي تصدر فيها".

٢- شخصية اعتبارية خاصة: وهي التي تنشأ من قبل الأفراد لتحقيق غاية معينة، فهذه يرى الشراح أنها تكون أهلاً للاتفاق على التحكيم بناء على أهليتها في القيام بجميع التصرفات القانونية، فالأصل أن الشخص الاعتباري الخاص يملك الأهلية اللازمة للتحكيم، ما لم يرد في عقد تأسيس الشخصية الاعتبارية نص يحظر اللجوء إلى التحكيم لحل الخلافات[2].

الفرع الثالث: المقارنة بين نطاق التحكيم في الفقه وفي النظام.

من خلال العرض السابق، نجد أن النطاق الموضوعي للتحكيم في النظام جاء متوافقاً مع ما رجحناه من أقوال الفقهاء وهو أن التحكيم لا يجوز فيما هو حق خالص لله، ولا فيما اجتمع فيه الحقان حق الله وحق العبد، وإنما يجوز في كل ما هو حق خالص للعبد وكل ما يصح بذله والعفو عنه والصلح عليه، فجاءت أحكام النظام متوافقة مع الرأي الراجح في الفقه الإسلامي.

وأما ما يتعلق بمسائل النظام العام والآداب، فيرى بعض الباحثين المعاصرين، أن شراح القانون لم يصلوا إلى رأي معين بشأنها، لأنها غير مستقرة، تتغير بحسب الظروف والزمان والمكان، فما يعتبر من النظام في بلد قد لا يعتبر في بلد آخر، ويرى أن قِوام النظام العام هو المصلحة الجوهرية الأساسية للمجتمع، وأن تقدير ذلك متروك للقاضي، وكذلك الأمور المتعلقة بالآداب فإنها تختلف من بلد إلى بلد، ثم قرر أن نطاق التحكيم في مسائل النظام العام ضيّق المجال، وغير منضبط تبعاً لاختلاف الدول إلى ما يعد من النظام العام أو الآداب، أما الفقه الإسلامي فقد أباح التحكيم في جميع المسائل سوى حقوق الله، وما اجتمع فيه الحقان، ما لم يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، وأحكام الشريعة العامة منضبطة معلومة في كل زمان

---

[1] التحكيم في المملكة، للبحاد، ص٧٦ـــ٧٨.

[2] المرجع السابق، ص٨٠.

ومكان، وإن كان ثمة خلاف فهو محصور في مسائل فرعية الاجتهاد فيها مشروع، فالتحكيم في الفقه الإسلامي أوسع دائرة من القانون وأكثر تحديداً[1].

أما ما يتعلق بالنطاق الشخصي للتحكيم فنجد أن اشتراط فقهاء الحنفية والشافعية في المحكّم العقل مرادهم بذلك شرط أهلية الأداء فيه،وما نص عليه النظام من كون التحكيم لا يتأتى إلا ممن له أهلية التصرف، هو ذات ما ذكره الفقهاء.

المطلب الخامس:تكييف التحكيم وفيه فرعان:

الفرع الأول: تكييف التحكيم في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في تكييف التحكيم على أقوال وإليك بيان هذه الأقوال:

القول الأول: أن التحكيم قضاء فالمحكّم قاضٍ شأنه كشأن القاضي المعين من جهة الإمام، وينفذ حكمه كما تنفذ الأحكام القضائية، وهو قول للمالكية[2] وبعض الشافعية[3] والحنابلة[4]، **ودليلهم**: أن المحكّم يحكم بين المتخاصمين وهذا هو القضاء[5].

القول الثاني: أن التحكيم له طبيعة تعاقدية فهو من باب الوكالة وهو قول لبعض المالكية، **واستدلوا**: بأنه حاكم خاص والولاية عامة، وأنه لا بد من رضا الخصمين وهذا معنى الوكالة[6]، ويرى بعض الأحناف والشافعية والظاهرية أن المحكّم وكيل في مسائل الشقاق الزوجي أما غير ذلك فلا[7].

القول الثالث: أن التحكيم بمترلة الصلح، وهو قول للحنفية، **وتوجيههم**: أن لكل واحد من الخصمين الرجوع قبل إمضاء الحكم كما في الصلح[8].

---

[1] عقد التحكيم في الفقه الإسلامي، قحطان الدوري، ص٢٩٨.

[2] بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد،١٦٣/٢ وقال: "وأجمعوا على أن قولهما في الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين".

[3] مغني المحتاج، للشربيني، ٣٧٩/٤،وقال: "ويمضي حكم المحكم كالقاضي ولا ينقض حكمه إلا بما ينقض قضاء غيره".

[4] المغني، لابن قدامة، ٩٣/١٤، وقال: "ولنا أن حكمه لازم صحيح كحكم من له ولاية".

[5] المراجع السابقة.

[6] المنتقى، للباجي، ٢٢٧/٥— ٢٢٨.

[7] البحر الرائق، ٢٥/٧، أحكام القرآن للشافعي، ٢١٢/١، المحلى، لابن حزم،٨٧/١٠.

[8] المبسوط، للسرخسي، ١١١/١٦.

القول الرابع: أن التحكيم ذو طبيعة مركبة فهو يشبه القضاء من وجه والوكالة من وجه، وهو قول الجصاص من الحنفية وبعض المالكية، **وتعليلهم: أن تصرفات الحكم** بمترلة الوكيل فيما يتصرف به عليهما، وبذلك يشبه الوكيل، وإذا حكم بشيء لزمهما، وبذلك يشبه القاضي، وقالوا: إن حكمه يكون بعد الإذن ممن يحكم له أو عليه.

وهذا معنى الوكالة، كما أن حكمه يكون ملزماً لمن ولاه وهذا قضاء[1].

والذي يترجح من هذه الأقوال: هو القول الأول، فالطبيعة القضائية هي النظرة المستقرة عند أكثرية الفقهاء، ومما يؤيد ذلك وجود أحكام التحكيم وقواعده في باب القضاء والتقاضي في الكتب الفقهية وكذلك المدارس الفقهية المختلفة، ونجد أن أكثر الأحكام التي يذكرها الفقهاء بخصوص القاضي، كثيراً ما تنطبق على المحكَّم، كل ذلك يشير من بعيد إلى ترجيح النظرة القضائية في طبيعة التحكيم.

الفرع الثاني: تكييف التحكيم في النظام:

اختلف شراح القانون في تكييف طبيعة التحكيم وبرز هذا الاختلاف في أربعة نظريات **الأولى: أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية،** وأسانيد هذه النظرية هي أن أساس التحكيم هو إرادة الأطراف، والدور الذي تلعبه في العملية التحكيمية، والمحكَّمون يباشرون عملهم بصفتهم أفراداً عاديين، أو مختصين مهنياً بتنفيذ العقد، لا بصفتهم قضاة، وقد وجه النقد لهذه النظرية، من ناحية أن اتفاق التحكيم ليس هو جوهر التحكيم، بدليل أن التحكيم الإجباري يتم جبراً عن الخصوم، وليس بإرادتهم، في الحالات التي ينص عليها القانون، كما أن مهمة التحكيم ليست الكشف عن إرادة الخصوم وإنما هي حل التراع[2].

الثانية: النظرية القضائية، فيرى بعض الشراح أن التحكيم ذو طبيعة قضائية وأسانيد هذه النظرية، هي أن وظيفة المحكَّم كوظيفة القاضي، فهو يطبق مبادئ العدالة وما يصدر منه يكون حكماً كحكم القاضي، ولو أن التحكيم لم يقر من المشرع ولم ينظمه، لما أخذ الصفة القضائية والإلزامية[3]. وقد وجه النقد لهذه النظرية من عدة جوانب أهمها: أن وظيفة القاضي

---

[1] أحكام القرآن، للجصاص، ١٩١/٢، المنتقى، للباجي، ٢٢٧/٥.

[2] د/أحمد أبو الوفاء،عقد التحكيم وإجراءاته، ص٢١٥؛ التحكيم والصلح، د/محمد عرفه، ص٤٠٧.

[3] المراجع السابقة؛ وانظر التحكيم في القوانين العربية، نجيب أحمد الجبلي، ص٥٣.

تختلف عن وظيفة المحكّم، حيث أن الأولى تهدف إلى تحقيق سيادة القانون على المصالح الاجتماعية المتنازعة، في حين تهدف الثانية إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية متميزة، وهي التعايش السلمي بين أطراف النزاع في المستقبل بدليل أن المحكّم يكون أحياناً مفوضاً بالصلح بين الخصوم[1]، كما أن المحكّم وإن كان يتمتع بصفات القاضي، إلا أنه لا يتمتع بأهم صفات القاضي وهي سلطة الأمر[2].

الثالثة: النظرية المختلطة، رأينا أن أصحاب النظرية التعاقدية لم يستطيعوا إنكار النواحي القضائية، وأصحاب النظرية القضائية لم يستطيعوا إنكار النواحي التعاقدية، لذلك اتجه بعض الشراح إلى القول بأن التحكيم ذو طبيعة مختلطة، قالوا: لأنه يبدأ باتفاق الخصوم عليه ويجب احترام سلطان الإرادة عند الأطراف، وينتهي بصدور حكم قضائي ملزم ويتمتع بالقوة التنفيذية. وعلى الرغم من أن هذه النظرية استطاعت الجمع بين النظريتين السابقتين وتفادي الانتقادات السابقة التي وجهت لكل منهما، إلا أن هذه النظرية لا تعتبر رأياً أو اتجاهاً مستقلاً طالما لم تستحدث أمراً جديداً وإنما هو إقرار بأشياء موجودة، حيث أن وجود العقد والتحكيم أمر مسلم به ولا خلاف فيه، وإنما الخلاف حول تحديد طبيعته وليس الاكتفاء بوصفه، وقد انتقدت هذه النظرية بأنها محاولة للهروب من مواجهة الحقيقة بأبعادها لأن القول بالطبيعة المختلطة لا معنى له إذ يجب تحديد هذه الطبيعة وليس الاكتفاء بأنها مختلطة، لكي يمكن معرفة النظام القانوني الذي يحكم التحكيم[3].

الرابعة: أن التحكيم له طبيعة مستقلة خاصة: فأصحاب هذه النظرية يقولون نحن نسلم بالطبيعة القضائية، إلا أنه نظام قضائي استثنائي، فالتحكيم وسيلة لفض النزاعات، ولكنه وسيلة مختلفة عن القضاء وموازية له، ومن المسلّم أن التحكيم مصدره العقد، ولكن بعد الاتفاق عليه يخرج من هذا المفهوم لينصب في النظام الإجرائي لقانون المرافعات، ولا نحاول أيضاً صبه في قالب القضاء حتى لا نحكم عليه بالطبيعة القضائية البحتة، وأغلب الشراح يرجحون هذه النظرية، وقد أخذ أغلب القوانين بهذه النظرية، فهي تنظم اتفاق التحكيم باعتباره وسيلة للفصل في النزاع دون أن تخلط بين طبيعته العقدية التي تنتهي بإبرام العقد

---

[1] التحكيم والصلح، د/محمد عرفه، ص٤٠٨.

[2] التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص٥٤.

[3] المرجع السابق، ص٥٦.

وقبول المحكَّم للمهمة، كما أن طبيعته الإجرائية تظهر بوضوح من خلال الدفع بالاعتداد بالتحكيم[1].

الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه والنظام.

إذا قدر لي المقارنة بين آراء الفقهاء وآراء الشراح في تكييف التحكيم فسوف تظهر لنا النتائج التالية:

١- فيما يتعلق بالنظرية القضائية، فللحقيقة التاريخية نجد أن الفقه الإسلامي كان سباقاً في مناقشة ذلك وفي عرض وتحليل الطبيعة القضائية لنظام التحكيم.

٢- وأما ما يتعلق بالنظرية التعاقدية، فنجد أن بعضاً من فقهاء الشريعة كانوا سبّاقين إلى القول بالطبيعة التعاقدية للتحكيم إذ وضعوه في قالب الوكالة.

٣- وفيما يتعلق بالنظرية المختلطة والمستقلة، فنلاحظ أن الفقهاء كانوا سباقين في مناقشة هذه النظرية من الشراح، وكان لهم قصب السبق في التنبيه إلى الطبيعة المختلطة أو المستقلة، فهم يجعلون التحكيم نظاماً استثنائياً لأن مرتبة المحكَّم أدنى من مرتبة القاضي، حيث أن المحكَّم قاضٍ خاص، أما القاضي فله ولاية عامة، وفرق بين الولاية العامة المتمثلة بالقضاء والولاية الخاصة المتمثلة بالتحكيم.

المطلب السادس: مزايا وعيوب التحكيم.

أبرز المزايا التي تلمس من التحكيم هي كالتالي:

١- الحصول على حكم بات ونهائي في النزاع، في أسرع وقت ممكن، وفي ظروف أكثر ملائمة للمتخاصمين من تلك التي توجد فيما لو تم فصل النزاع عن طريق الجهة المختصة بنظر النزاع.

٢- قلة الخسائر المادية والمعنوية، وذلك بعكس ما لوتم فصل النزاع عن طريق الجهة المختصة نظراً لما قد تسببه من خسارة مادية أو معنوية!

٣- التحكيم يؤدي إلى بقاء العلاقة بين الخصوم وذلك يعود إلى أن الخصوم يختارون عادة الشخص أو الأشخاص الذين يحوزون ثقتهم التامة، كما أن ذلك عائدٌ أيضا إلى أن التحكيم عادة ما يكون أقرب إلى التوفيق بين الأطراف فيما يتعلق بتفسير وتنفيذ العقد محل النزاع مما

---

[1] المرجع السابق، ص ٥٧ـــ٥٨.

يجعل الحكم الصادر من المحكّم يلقى كل القبول والاطمئنان من الخصوم، ويتم التنفيذ من قبل المحكوم عليه بكل طيبة خاطر وبدون اعتراض، وذلك لأن المحكّم يستمد ولايته من إرادة الخصوم بخلاف ولاية القاضي التي تفرض عليهما ويكون في حكمه القسر والإجبار.

٤- ضمان السرية التامة لأطراف الخصومة، حيث أن جلسات التحكيم عادة ما تكون مقصورة على أطراف النزاع أو وكلائهم فليس هناك مكان لتطبيق مبدأ علانية المحاكمة بشكل واسع ومماثل للمعمول به في القضاء الرسمي الذي تشرف عليه الدولة.

٥- التحكيم يتيح للمحكمين حرية اختيار المذهب الفقهي الذي يرغبونه في التحكيم، وذلك أن ولي الأمر قد يفرض على القضاة تطبيق مذهب معين في القضاء، الأمر الذي قد يجد فيه المتخاصمون حرجاً وبالتالي يكون التحكيم مخرجاً لهم، من أجل الاستفادة مما لدى المذاهب الفقهية من أحكام تخدم قضيتهم التي يتنازعون فيها[1].

٦- التحكيم يتيح مخرجاً في مسألة تنازع القوانين، فالمنازعات التجارية الدولية، كثيراً ما تكون محل تنازع القوانين، فطرف يريد أن تكون في بلده مستندا إلى أنظمة بلده، وأخر يريدها في بلده مستندا إلى أنظمة بلده أيضاً، والتحكيم يحدد الجهة بطريقة تطمئن الشخص منذ البداية[2].

وأما أبرز العيوب التي يمكن أن تؤخذ على التحكيم فهي كالتالي:

١- النفقات الباهظة التي تثقل كاهل المتخاصمين والتي تتمثل في أتعاب المحكّمين والمحامين ونحو ذلك على العكس مما لو تم فصل النزاع عن طريق الجهة المختصة بنظر النزاع.

ويمكن الرد على ذلك: بأن هذه النفقات الباهظة يقابلها فائدة كبيرة يحققها طرفا النزاع تتمثل في سرعة الفصل في النزاع مع استمرار العلاقة بينهما على العكس مما لو تم فصل النزاع عن طريق القضاء المختص فسوف يكون هناك طول في الإجراءات وتعقيد في الاعتماد على المستمسكات، مما قد يكلف المتخاصمين الكثير من الوقت والجهد والمصاريف.

٢- أن التحكيم قد لا تتوافر فيه رقابة كافية، تتابع وتدقق أحكام المحكمين في مستوى المتاح في القضاء، وهذا يؤدي إلى احتمال حدوث بعض الانحرافات التي ربما يصعب كشفها وترتيب

---

[1] انظر التحكيم في المملكة العربية السعودية، للبحاد، ص٣١ــ ٣٣.

[2] وظيفة المحكم في الفقه الإسلامي، د/ زيد الزيد، ص٤٩.

الجزاء عليها،وقد يكون هناك أخطاء إجرائية جسيمة نتيجة قلة خبرة المحكمين في ميدان القضاء والفصل في الخصومات وبالتالي فإن المتضرر من ذلك هم الخصوم[1]. ويمكن الرد على ذلك: بأن نظام التحكيم في المملكة خصوصا وفي قوانين الدول الأخرى عموما، محاط بمبدأ رقابة القضاء على عملية التحكيم، فعلى سبيل المثال نجد أن العملية التحكيمية في المملكة (سواء فيما يتعلق بالإجراءات أو فيما يتعلق بشكل ومضمون القرار) ليست بمعزل عن رقابة القضاء فنظام التحكيم نص على وجوب أن تصدر الجهة المختصة أصلا بنظر التراع قرار باعتماد وثيقة التحكيم قبل بدء العملية التحكيمية، وأن تخطر المحكمين بذلك القرار قبل أن يبدأ المحكمون عملهم كما أوكلت اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم، أمانة سر هيئة التحكيم إلى كاتب الجهة المختصة أصلا بنظر التراع، كما أوكلت إليه مهمة الرقابة على الإخطار والتبليغ الصادر عن المحكمين[2]، ولم يكتفِ الأمر عند هذا الحد بل نص النظام على وجوب إيداع أحكام المحكمين خلال خمسة أيام من إصدارها لدى الجهة المختصة بنظر التراع[3] كما أوكل إلى الجهة المختصة أن تصدر الأمر بتنفيذ حكم المحكمين بناء على طلب ذوي الشأن بعد التأكد من عدم وجود ما يمنع من تنفيذ ذلك شرعا[4] هذا كله فيما يتعلق بإجراءات العملية التحكيمية، أما فيما يتعلق بشكل القرار ومضمونه فنجد أن النظام نص على أن الجهة المختصة لا تنفذ الحكم التحكيمي إلا بعد التأكد من عدم وجود ما يمنع تنفيذه شرعا وسلامة الحيثيات التي أُعتُمِدَ عليها، كما أن "اتفاق التحكيم وإن حجب القضاء عن نظر موضوع التراع إلا أنه لا يمنع أطراف التراع من الالتجاء للقضاء المستعجل لإصدار ما يلزم من أوامر وأحكام وقتية يبررها ظرف الاستعجال ودفع الأخطار التي تحدق بموقف أحد الأطراف"[5]. بالإضافة إلى إحداث هيئات ومراكز مستقلة تُعنى بشأن التحكيم وأصبح من عمل تلك الهيئات أو المراكز القيام بسلطة الرقابة على أعمال المحكمين في أداء واجبهم وإبقاء إجراءات

---

[1] المرجع السابق ، ص٥١.

[2] انظر نص المواد: (٦ ــ ٨) من النظام، وانظر نص المواد: (٧ــ ٩ــ ١١) من اللائحة التنفيذية للنظام.

[3] انظر نص المادة: ١٨ من نظام التحكيم السعودي.

[4] انظر نص المادة: ٢٠ من نظام التحكيم السعودي.

[5] د/محمود بريري، ورقة عمل بعنوان التحكيم وفقا لقواعد مركز القاهرة، مقدمة في ملتقى التحكيم السعودي المنعقد في العام١٤٢٦هــ ص٧ .

التحكيم في مسارها الصحيح، والتأكد من شكل القرار وأنه يتضمن التسبيب والصياغة السليمة. كل هذه الأمور جعلت التخوف من وجود انحرافات في عملية التحكيم تكاد تتلاشى لدى المقبلين عليها، وجعلتهم يقبلون بكل ثقة واطمئنان.

المطلب السابع:أنواع التحكيم:

تمهيد: التحكيم يأتي على أنواع مختلفة وفقاً لحيثيات متعددة، وما يجدر التنبيه عليه هنا أننا الأنواع أو جزئي، الجميع لهذه الأنواع لا تخرج عن إطار أحكام التحكيم فهي جميعها الخصوصية ويتم تنفيذها وفقاً لنظام التحكيم ولائحته التنفيذية والأسس العامة للتحكيم، وبيان هذه الأنواع في الفروع التالية:

الفرع الأول: أنواع التحكيم من حيث سلطان الإرادة، فينقسم التحكيم من هذه الحيثية إلى نوعين:

النوع الأول: التحكيم الاختياري: "وهو حرية الأطراف باللجوء إلى التحكيم سواء كان قبل نشوء النزاع أو بعده"[1] والمملكة العربية السعودية أخذت بهذا النوع من التحكيم كقاعدة عامة فجاء نص المادة الأولى: "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم ..."[2] ومن هذا النوع نستنتج مايلي:

١- أن لجوء الأطراف إلى هذا النوع من التحكيم يعتبر بمثابة تنازل عن حقهم في طرح النزاع على القضاء المختص، وعليه فيمتنع القضاء المختص من نظر النزاع إلا في بعض الحالات التي يحددها النظام[3].

٢- فيما يتعلق بإرادة الأطراف فلابد أن يتمتعوا بأهلية التصرف.

٣- أنه قد يتم الاتفاق على هذا النوع من التحكيم إما مسبقاً كما هو الحال بالنسبة لشرط التحكيم، وإما وقت النزاع كما هو الحال بالنسبة لمشارطة التحكيم[4].

---

(١) التحكيم الاختياري والإجباري، علي عوض حسن، ص١٩.

(٢) نص المادة الأولى من نظام التحكيم السعودي الصادر بتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢هـ .

(٣) نصت على ذلك المادة السابعة من نظام التحكيم بقولها: "إذا كان الخصوم قد اتفقوا على التحكيم ...فلا يجوز النظر في موضوع النزاع إلا وفقاً لأحكام هذا النظام"

(٤) التحكيم في المملكة العربية السعودية، محمد البجاد، ص٥٠.

النوع الثاني: التحكيم الإجباري:

التحكيم من حيث الأصل هو حق جائز مقرر للأفراد والاستثناء فيه أن يتحول من الجواز إلى الفرض، وهذا التحول يهدر أهم خصائص التحكيم وهي طبيعته الاختيارية ونشوئه بناء على إرادة الأطراف، وعليه فهذا النوع من التحكيم هو بمثابة الاستثناء من الأصل أو القاعدة، والتحكيم الإجباري يمكن إيضاحه بأنه: هو التحكيم الذي يخضع المنظم فيه الخصوم على اللجوء إليه لحل نزاعهم، ولا يجوز لهم اللجوء للقضاء المختص، وعند اللجوء يحكم القاضي برد الدعوى لعدم الاختصاص[1]، وقد عرف هذا النوع من التحكيم في ظل النظم ذات التوجه الاشتراكي حفاظاً على المال العام الذي يتم استثماره في مجال المشروعات العامة بأنواعها من خلال مؤسسات وهيئات الدولة ولا يخضع لأي رقابة سوى رقابة قضاء الدولة[2]، ومما ينبغي التنويه عنه: أن هذا التحكيم هو استثناء، ولابد أن يكون هذا الاستثناء محدداً ومنصوصاً عليه في حالات معينة. ففي المملكة العربية السعودية على سبيل المثال نجد أن المنظِّم نص على أن المنازعات المتعلقة بالتأمين والدخان وآلات الطرب والاسطوانات وما يأخذ حكمها يتم الفصل في المنازعات المتعلقة بها عن طريق التحكيم وليس عن طريق القضاء وأسند الإشراف على التحكيم في هذه القضايا إلى وزارة التجارة حسب الأمر السامي رقم (١٦٤٨) وتاريخ ١٣٨٦/٧/١٥ هـ[3].

---

[1] انظر التحكيم في المملكة، البحاد ،ص٥٠، والتحكيم الاختياري والإجباري، أحمد أبو الوفاء، ص٣٣١.

[2] عقد التحكيم في الشريعة والقانون ،د/فاطمة العوا، ص٢٩٣.

[3] التحكيم في المملكة، البحاد، ص٥١ ،وقد حمل الفصل في هذا النوع إلى التحكيم بعد اعتذار ديوان المظالم عن النظر فيها، ومن الأمثلة على التحكيم الإجباري في القوانين الأخرى، مانصت عليه المواد من ٥٦ ـــ ٦٩ من القانون المصري رقم (٩٧) لسنة١٩٨٣م في شأن هيئات القطاع العام وشركاته، حيث كانت توجب التحكيم في منازعات المشروعات العامة، ثم أُزيلت الصفة الإجبارية عنه بعد صدور قانون شركات قطاع الأعمال لسنة ١٩٩١م، راجع، التحكيم والصلح، د/محمد عرفه، ص١٥٠.

الفرع الثاني: أنواع التحكيم من حيث الطريقة التي يدار بها:

فينقسم من هذه الحيثية إلى نوعين هي كالتالي:

النوع الأول: التحكيم بالقضاء أو بـــ (القانون):

وهو النوع الذي يمارس فيه المحكم صلاحيات القاضي في تطبيق أحكام الشرع والنظام على النزاع، "فهو في ذلك مثل القاضي ويقتضي ذلك أن يصدر الحكم وفقاً لما يراه المحكم الذي لا يأخذ في الاعتبار إرادة الخصوم فيما سيصدره من حكم فهو مثل القاضي يصدر حكمه بناء على ما يتضح له من وقائع في الدعوى ووسائل الإثبات التي تقدم له والتحقيق الذي يأمر به"[1] وتسميته تحكيماً بالقضاء هو تعبيرٌ عن المهمة التي يقوم بها المحكّم والتي قد تشابه مهمة القاضي، وتسميته تحكيماً بالقانون هو تعبيرٌ عن التزام المحكم بأحكام القانون. والأولى هو تسميته تحكيماً بالقضاء كون طبيعة عمل المحكم تشابه طبيعة عمل القاضي من حيث الطريقة التي تدار بها العملية التحكيمية، والتزامه بتطبيق المبادئ المقررة بنظر الدعوى بالإضافة إلى أن المحكّم في جميع أحواله يحكم بروح العدالة دون مخالفة للشرع أو الأنظمة.

النوع الثاني: التحكيم بالصلح:

ويقصد به "تفويض الخصوم المحكّم بإجراء الصلح في النزاع الحاصل بينهم"[2] وفي هذه الحالة تكون مهمة المحكّم هي محاولة التقريب بين طرفي النزاع وحل النزاع بينهما وفقاً لما يراه محققاً للعدالة ومتوافقاً مع روح الشريعة، دون تطبيق للنصوص النظامية التي لها تأثير في محل النزاع[3]. وقد أقر نظام التحكيم السعودي هذا النوع من التحكيم ولم يفرق بينه وبين التحكيم بالقضاء، إلا من حيث وجوب صدور الحكم في حالة التحكيم بالصلح بالإجماع[4] وهذا مفهوم المادة السادسة عشرة من النظام والتي نصت على أن "يصدر حكم المحكمين بأغلبية الآراء وإذا كانوا مفوضين بالصلح وجب صدور الحكم بالإجماع"، ومن أهم الفروق

---

[1] المرجع السابق، ص٥٢.

[2] التحكيم في المملكة، البحاد، ص٥٢.

[3] ويرى بعض الشراح أن سلطة المحكم في إبعاد قواعد القانون هي مجرد رخصة فقط،بمعنى أنه يملك تطبيق ذلك من عدمه في ضوء مايظهر له من حال النزاع، فهو يملك عدم اتباع القانون ولكنه غير ملزم باستبعادها، انظر خصومة التحكيم في القانون المصري ، علي بركات، ص٤٦٦.

[4] المرجع السابق، ص٥٢.

بين التحكيم بالقضاء (القانون) والتحكيم بالصلح والتي نستنتجها من خلال العرض السابق هي مايلي:

١- التحكيم بالقضاء يعتبر هو الأصل، أما التحكيم بالصلح فيعتبر استثناء.

٢- نجد أن الإرادة يجب أن تكون صريحة في التحكيم بالصلح، أما في التحكيم بالقضاء فإنه يكفي ان تكون هناك علامات على هذه الإرادة ، وعليه فإن مجرد الاتفاق على التحكيم بشرط أو مشارطة لا يعني أن التحكيم يتضمن التفويض بالصلح.

٣- التحكيم بالصلح أخطر من التحكيم بالقضاء لأن المحكم المفوض بالصلح لا يتقيد بقواعد نظام التحكيم إلا في المسائل المتعلقة بالنظام العام.

الفرع الثالث: أنواع التحكيم من حيث تنظيمه: ينقسم التحكيم من هذه الحيثية إلى نوعين هما كالتالي:

النوع الأول: التحكيم الحر أو تحكيم الحالات الخاصة:

ويقصد به ذلك النوع من التحكيم الذي "يحدد فيه الخصوم المهل والمواعيد بأنفسهم ويعينون المحكمين ويقومون بعزلهم وردهم ويقومون بتحديد الإجراءات اللازم إتباعها للفصل في الدعوى التحكيمية"[١] وهذا النوع من التحكيم يتم الاتفاق عليه بطريقة تعكس رغبة أطراف التراع في كيفية التوصل إلى تسوية لتراعهم ولذلك فهي تختلف من حالة إلى حالة وذلك باختلاف خصوصيات كل نزاع، وقد أقر النظام هذا النوع من التحكيم وجعل ارتباط الخصوم بهذا النوع من التحكيم مرهوناً بتقيدهم به، كما أعطى الجهة المختصة بالفصل في التراع دوراً أكبر في الإشراف على الدعوى التحكيمية وتوجيهها بالشكل الذي يضمن انتهاءها بالشكل الصحيح[٢].

النوع الثاني: التحكيم المؤسسي:

ويقصد به ذلك التحكيم الذي يخضع لنظام خاص لمؤسسة أو مركز تحكيم،حيث يحدد هذا النظام إجراءات التحكيم والقواعد التي تسري عليه من الناحيتين الموضوعية والإجرائية، فبموجبه تحدد الإجراءات والمهل وتعيين المحكمين وبدلائهم في حالة عزلهم أو

---

[١] التحكيم في المملكة، البجاد، ص٥٣.

[٢] انظر المواد(١-٥-١٠) من النظام، والمادة(٦) من اللائحة التنفيذية للنظام.

ردهم أو تخليهم[1]، ونظام التحكيم السعودي اعتبر هذا النوع من التحكيم من خلال العمل الذي تقوم به الغرفة التجارية بموجب نظامها الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٦) وتاريخ ١٤٠٠/٤/٢٢هـ إذ عدَّت الفقرة (ح) من المادة الخامسة منه "فض المنازعات التجارية والصناعية بطريق التحكيم إذا اتفق أطراف النزاع على إحالتها إليها" من اختصاص الغرفة، مع الأخذ بعين الاعتبار أنه مع صدور نظام التحكيم ولائحته التنفيذية لم يتم إلغاء نصوص التحكيم أمام الغرفة التجارية لتوافقه مع نصوص نظام التحكيم الجديد مما يعني إقراره لهذه الفكرة وأن التحكيم عن طريق الغرفة التجارية في المملكة هو فكرة التحكيم المؤسسي.

وأهم الفروق بين التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي هي ما يلي:

١- يقوم التحكيم المؤسسي على توفير العديد من الضمانات بحكم ما لديه من كوادر فنية وبشرية قادرة على متابعة ملف التحكيم في جميع مراحله وبكل دقة، وهذا مالا نجده متحققاً في حالة التحكيم الحر أو الحالات الخاصة إذ يقتصر دور المحكَّم على إنهاء النزاع في أسرع وقت.

٢- في التحكيم المؤسسي شفافية من حيث تعيين المحكَّمين حيث إن المركز إذا ما كلف بذلك يختار المحكَّمين بناء على كفاءتهم مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة النزاع المعروض.

٣- في التحكيم المؤسسي يتم حفظ ملفات القضايا بأرشيف المركز لعدة سنوات، وذلك بهدف تمكين أطراف النزاع من استرجاع مؤيداتهم أو مراجعة الأحكام التي صدرت بشأنها، أو الحصول على نسخ من تقارير الخبراء ونحو ذلك، وهذه الخدمات لا تتوفر في التحكيم الحر حيث إن عمل المحكَّم ينتهي بصدور الحكم.

٤- في التحكيم المؤسسي يتم تفادي عوارض التعطيل أو المسائل الجانبية التي تطرأ في التحكيم الحر في بدايته كرفض أحد أطراف النزاع تعيين محكمه أو الجرح في أحد المحكَّمين، أو تقاعس أحد المحكَّمين في أداء مهمته أو انسحابه قبل صدور الحكم فإن مثل هذه الحالات يتم النظر فيها وعلاجها وفقاً لنظام المركز وما جرى عليه العمل، أما في التحكيم الحر فيتم تعليق الإجراءات إلى غاية الحسم في الموضوع من قبل القضاء وبناء عليه يكون التحكيم المؤسسي في وضع أكثر ضماناً لتشكيل هيئة التحكيم ويكفل استمرارية العملية التحكيمية.

---

[1] انظر التحكيم في المملكة، للبحاد، ص٥٣، وانظر التحكيم والصلح، د/محمد عرفه، ص١٥١.

الفرع الرابع: أنواع التحكيم من حيث محله:

ينقسم التحكيم من هذه الحيثية إلى نوعين هما كما يلي:

النوع الأول: التحكيم الداخلي: ويقصد به التحكيم الذي يتعلق بتراع يقع على إقليم الدولة، وتكون جميع عناصره وطنية، بمعنى أنه لا يتضمن أي عنصر خارجي أو أجنبي، فأطرافه مواطنون وموضوعه يتعلق بتراع داخلي ومحل التحكيم في الدولة التي ينتمي إليها الخصوم بجنسيتهم[1]. النوع الثاني: التحكيم الدولي: وهو التحكيم الذي يرتبط أحد عناصره بدولة أجنبية ـــ كجنسية الخصوم أو موضوع التراع أو محل التحكيم أو القانون الواجب التطبيق على التراع ـــ ونحو ذلك[2]. وتختلف الأحكام التي تطبق على كل نوع من هذين النوعين، في بعض الأنظمة، لكن نظام التحكيم السعودي لم يفرق بين النوعين فنصوص النظام لم تفرق بين المنازعات الداخلية والمنازعات التي تأخذ الصفة الدولية، كما أنها لم تمنع التحكيم الذي يتم خارج المملكة[3].

الفرع الخامس: أنواع التحكيم من حيث موضوعه:

قد يتنوع التحكيم من هذه الحيثية إلى أنواع كثيرة، فإن كان موضوع التراع المراد حله عن طريق التحكيم تجارياً فإن التحكيم يكون تحكيماً تجارياً، وإن كان إدارياً فهو تحكيم إداري، وإن كان عمالياً فيكون تحكيماً عمالياً وهكذا، وتبرز أهمية تحديد نوع موضوع التراع المراد طرحه على التحكيم من الناحية الموضوعية، في الدور الذي يلعبه بخصوص تحديد الجهة المختصة بالفصل في التراع والتي تقوم بتصديق وثيقة التحكيم والإشراف عليه وكذلك المصادقة على الحكم وتذييله بالصيغة التنفيذية[4].

الفرع السادس: موقف الفقه الإسلامي من هذه الأنواع:

أولاً: فيما يتعلق بموقف الفقه الإسلامي من أنواع التحكيم من حيث الإرادة فنجد أن دائرة الفقه تتسع لقبولها حيث نجد أن التحكيم الإجباري الذي اعترف به القانون، قد كان للفقه الإسلامي قصب السبق في اعتباره والعمل به، كما هو معروف في مسألة الشقاق الزوجي فقد

---

[1] انظر، التحكيم التجاري الدولي، أحمد الشيخ قاسم، ص٤٢٣، والتحكيم والصلح، لأحمد السيد عرفه، ص١٥٢.

[2] المرجع السابق، ص١٥٣.

[3] التحكيم في المملكة، للبحاد، ص٥٥.

[4] انظر التحكيم في المملكة، البحاد، ص٥٦.

ذهب جمهور الفقهاء ــ رحمهم الله ــ إلى وجوب بعث الحكمين عند الشقاق الزوجي واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا ﴾ [١] فقوله تعالى (فَابْعَثُوا) أمر، والأصل في الأمر الوجوب، ولا صارف له، كما أن ترك الزوجين على ماهما فيه من الشقاق المؤدي إلى الفساد غير جائز، وفي بعث الحكمين رفع للظلم، وذلك واجب[٢]. والتحكيم بين الزوجين هو من التحكيم الإجباري في الشريعة الإسلامية.

أما فيما يتعلق بالتحكيم الاختياري فإذا كان الفقه الإسلامي قد اعتبر التحكيم الإجباري، فالاختياري من باب أولى، لكننا نجد أن الفقه الإسلامي قد وضع ضوابط وشروط في التحكيم عموماً، وهذه الضوابط والشروط تتعلق بالمحكَّم وبالمحكِّم،وبالتراع ــ كونه مما يدخل في نطاق التحكيم ــ فمتى توفرت هذه الشروط والضوابط فإن التحكيم يعتبر جائزاً ومنهياً للتراع.

ثانياً: فيما يتعلق بموقف الفقه الإسلامي من أنواع التحكيم من حيث الطريقة التي يدار بها فنجد أن التحكيم بالقضاء معتبر في الفقه الإسلامي إذ هو بمثابة الأصل، وهو ما يسميه بعض الفقهاء بالتحكيم الكلي، فالحكَم يحكم بين المتخاصمين في جميع إجراءات القضية من سماع الدعوى حتى الحكم فيها، بحكم الشرع،لأنه حاكم نافذ الأحكام كحاكم الإمام وهذا هو القضاء[٣]، أما التحكيم بالصلح فقد عرفه الفقهاء أيضاً فذكروا أنه إذا جعل الخصمان حكماً للصلح بينهما فباشر الأخير هذه المهمة وأنهى القضية صلحاً، فإن ذلك سائغ متى استوفى هذا الصلح شروطه المقررة شرعاً، ويكون هذا التحكيم توكيلاً في الصلح، بل إن بعض المذاهب الفقهية كالمذهب الحنفي والشافعي يعتبران التحكيم بمثابة توكيل من الطرفين لإجراء المصالحة، ولذلك يمكن في أي وقت وبناء على هذا القول طلب رد المحكم أو عزله طالما لم يصدر حكمه، وأن يحصل حكم المحكَّم بعد رضا الخصمين خلافاً لحكم القاضي، كما أنه يجب أن يصدر حكم المحكَّمين بالإجماع، ففي التحكيم بالصلح لا يشترط في الحكمين سوى شروط الوكالة، فلا يشترط حينئذ الإسلام مع الأخذ بعين الاعتبار بوجوب الالتزام بأحكام الصلح في

---

(١) سورة النساء، الآية: ٣٥.

(٢) أدب القاضي، للخصاف، ٥٨/٤، بداية المجتهد، لابن رشد: ٩٨/٢، مغني المحتاج: ٢٦١/٣، المغني: ١٦٦/٨.

(٣) انظر هذا التعليل، المغني ٤٨٤/١١، والمبدع ٢٧/١٠.

الشريعة الإسلامية، وعللوا ذلك بأن العبرة للمقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني[1]، وجملة القول: أن دور المحكّم بالصلح في الشريعة الإسلامية ينصرف إلى إمكانية التوفيق بين متطلبات طرفي الخصومة أكثر من صرفها إلى أنها قضاء صرف، وبذلك يكون الفقهاء قد خالفوا القانونيين في مسألة التحكيم في الصلح من حيث توصيف عمل الحكَم حيث اعتبره الفقهاء وكالة في الصلح، في حين لم يعتبره القانونيون كذلك والله أعلم.

ثالثاً: موقف الفقه الإسلامي من أنواع التحكيم من حيث تنظيمه.

بالنسبة للتحكيم الحر فهو معتبر هذا أمر معلوم لا يحتاج إلى بيان، أما فيما يتعلق بالتحكيم المؤسسي، فلم أجد ـــ حسب اطلاعي ـــ حديثاً للفقهاء عن التحكيم المؤسسي، وذلك يرجع إلى أن التحكيم المؤسسي لم يظهر بهذا الشكل الحالي إلا في العصر الحديث أي في بداية القرن التاسع عشر، حيث ظهر نوع جديد من أنواع التحكيم اتخذ شكل التحكيم عن طريق محكمة التحكيم نظرا لحاجة الدول لمثل هذا النوع من التحكيم من أجل منع قيام الحروب، ومن أجل ضمان فعال للحياد والاختصاص الفني، وإنجاز مهمتها في حسم النزاع في أسرع وقت، والفقه الإسلامي لا يمنع من هذا التنظيم مادام أنه متوافق مع روح الشريعة ويحقق المصلحة فإن ذلك يكون جائزاً من باب السياسة الشرعية ولكن وفق إطار أحكام الشريعة الغراء.

رابعاً: موقف الفقه الإسلامي من أنواع التحكيم من حيث محله. ففيما يتعلق بالتحكيم الداخلي فهو جائز تأسيساً على جواز التحكيم في الأصل وفق الشروط المعتبرة، أما فيما يتعلق بالتحكيم الدولي فقد عرفت الشريعة الإسلامية هذا النوع من التحكيم من خلال الحادثتين التاليتين:

الأولى: تحكيم رسول الله ﷺ سعد بن معاذ رضي الله عنه في بني قريظة، وكانوا ممن أعانوا على رسول الله في غزوة الخندق، وهي غزوة الأحزاب، بالرغم من معاهدتهم على أن لا يظاهروا عليه أحداً، فحكم سعد بن معاذ رضي الله عنه بقتل من بلغ منهم، وسبي نسائهم وذراريهم، وتقسيم أموالهم بين المسلمين فقال رسول الله ﷺ لقد حكمت فيهم بحكم الله عز وجل وحكم رسوله[2].

---

[1] مجلة الأحكام العدلية، المواد (١٨٤٧ـــ ١٨٥٠)، وشرحها لعلي حيدر: ٤/٦٤٧، والتحكيم في الشريعة الإسلامية، لعبدالله ابن خنين، ص٢١.

[2] صحيح البخاري، باب: إذا نزل العدو على حكم رجل، ٤/٨١.

الثانية: قضية أهل سمرقند في عهد عمر بن عبد العزيز رحمه الله، فحينما تولى الخلافة وفد عليه قوم من أهل سمرقند فرفعوا إليه أن قتيبة دخل مدينتهم، وأسكنها المسلمين على غدر منه ـــ أي قبل أن يوجه لهم الإنذار حسب قواعد الحرب في الإسلام ـــ فكتب عمر إلى عامله في العراق أن ينصب لهم حكماً خاصاً ينظر فيما ذكروا فإن قضى بإخراج المسلمين أُخرجوا، فنصب لهم جميّع ابن حاضر الباجي فسمع شكواهم وحكم بخروج المسلمين من سمرقند، وأن يعود أهل سمرقند إلى حصونهم وينابذهم المسلمون على سواء ثم يحاربونهم إن أبوا، فكره أهل سمرقند الحرب واقروا لمسلمين فأقاموا بين أظهرهم، فهذه الأحداث تدل على أن التحكيم في الشريعة الإسلامية لم يقتصر على حالات العلاقات الفردية أو الأحداث الداخلية وإنما وصل إلى العلاقات الدولية[1]. مما يدل على إقرار الشريعة لهذا النوع من التحكيم، وأشير هنا إلى مسألة مهمة تتعلق بالتحكيم الدولي وهي أن تحكيم هيئة دولية لا يثير أي مشكلة بالنسبة للقوانين الوضعية، أما بالنسبة للشريعة الإسلامية فالأمر مختلف تماماً ومكمن هذا الاختلاف هو في الشروط التي وضعها فقهاء الشريعة في المحكَّم وعلى رأسها شرط الإسلام قياساً على القاضي، فاشتراط التحكيم أو إقامته أمام هيئة دولية أجنبية أمر جائز في الشريعة الإسلامية من حيث المبدأ ضمن الشروط التي وضعها الفقهاء ومن أهمها أن يتولى التحكيم محكمون مسلمون، فمثلاً لو اتفق شخص من بلد يطبق الشريعة، مع آخر أجنبي على تحكيم هيئة دولية في التراع القائم بينهما، فهنا نكون أمام إحدى الحالات التالية: **الأولى:** أن يسكت عقد التحكيم المبرم بينهما عن ذكر القانون الواجب التطبيق على التراع القائم بينهما.

الثانية: أن يُنص في عقد التحكيم على أن أحكام الشريعة الإسلامية هي التي تطبق على التراع. فإذا نص عقد التحكيم على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فلا إشكال أن هذا الشرط واجب الرعاية عملاً بالقاعدة المشهورة "العقد شريعة المتعاقدين" وعليه يجب على المحكَّمين تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية حتى وإن كانت تتعارض مع القانون الوضعي النافذ في الدولة التي ينتمي إليها أحد أطراف التراع، مادام اختار بإرادته تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، لكن الوضع يصبح معقداً عندما لا ينص في العقد على تطبيق أحكام الشريعة

[1] التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية ونظام السلطة القضائية، رسالة دكتوراه، لسعود بن سعد آل دريب، ص٥٥٢.

الإسلامية، وأحد الخصوم ينتمي إلى بلد يطبق أحكام الشريعة، فهنا قد يتبادر إلى الذهن أن المحكّم الدولي غير ملزم بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وإنما يجب عليه تطبيق قواعد العدالة والإنصاف نظراً لعدم وجود ما يلزمه بالتقيد بأحكام الشريعة الإسلامية سواء من قبل أطراف النزاع، أو من القواعد العامة المعتمدة في مجال التحكيم، إلا أن الأمر على خلاف ذلك لسببين: **الأول:** أن أحكام الشريعة الإسلامية أساسها العدل والإنصاف ولا يتصور أن يكون هناك قانون وضعي أكثر عدالة وإنصافا من أحكامها وإذا لم يوفق المحكّم إلى تحقيق العدالة فلا يكون مرد ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية نفسها، وإنما يكون بسبب عدم اطلاع المحكّم عليها بشكل كامل وعدم تطبيقها التطبيق الصحيح.

السبب الثاني: في حال صدور حكم عن المحكّم الدولي مبني على أحكام متعارضة مع القواعد الآمرة في الشريعة الإسلامية،فمما لاشك فيه أن هذا الحكم يصبح غير قابل للتنفيذ على المحكوم عليه في بلد يطبق أحكام الشريعة كالمملكة العربية السعودية على سبيل المثال، وذلك لمخالفته أحكام الشريعة كما لو تضمن الحكم بفائدة على سبيل المثال، وبالتالي يصبح عديم النفع، الأمر الذي يؤدي من حيث النتيجة إلى الانتقاص من القوة التنفيذية لأحكام المحكّمين الدوليين[1].

الثالثة:أن يُنص في عقد التحكيم على تطبيق قانون مخالف للشريعة الإسلامية، فهذا لا يجوز.

المطلب السابع: تمييز التحكيم عما يشتبه بغيره .

التحكيم هو عبارة عن وسيلة من وسائل فض المنازعات، وكونه كذلك قد يجعله يختلط في بعض الأحيان مع العديد من الوسائل الأخرى لفض المنازعات والتي قد يتفق أطراف النزاع على اللجوء إليها، كالقضاء والصلح والتوفيق، الأمر الذي قد يثور مع تساؤل عن حقيقة المهمة الملقاة على عاتق الشخص المكلف بالفصل في النزاع، وما إذا كانت هذه المهمة مهمة تحكيم أم غير ذلك، كما قد يكون هناك تشابه بين عمل المحكم والوكيل وكذلك الخبير، الأمر الذي يتطلب تبيين الفرق بين التحكيم وبين ما يشابهه من الأنظمة الأخرى وهو ما سأتحدث عنه في الفروع التالية:

---

(1) راجع المبادئ العامة في الشريعة فيما يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، لحسان محاسني، مقال منشور في نشرة هيئة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية، ص٢٣ـــ ٢٥.

الفرع الأول: تمييز التحكيم عن القضاء: يعرّف القضاء بأنه: "النظر فيمن له الولاية في الخصومات على وجه خاص والحكم الملزم فيها"[1]، ويتفق التحكيم مع القضاء في أن كليهما وسيلة من وسائل تسوية المنازعات بين الخصوم، لكن يتميز التحكيم عن القضاء بما يلي:

١- القضاء هو الوسيلة الأصلية والعامة لتسوية المنازعات في المجتمع وهو إحدى سلطات الدولة في الفصل بين المتخاصمين بموجب الأحكام الشرعية المستقاة من الكتاب والسنة، أما التحكيم فقد أضحى طريقاً موازياً للقضاء يتم اللجوء إليه للفصل في المنازعات بناء على رغبة الخصوم، وهو وسيلة ثانوية استثنائية لتسوية تلك المنازعات.

٢- أن اللجوء إلى القضاء حق مقرر لجميع الناس على حد سواء، وبالتالي يلزم الأشخاص بالمثول أمامه، ومن لا يستجيب لدعوة القاضي فإنه يجبر على ذلك أو الحكم عليه وتنفيذ الحكم جبراً عن طريق السلطة العامة، أما اللجوء إلى التحكيم فهو اختياري متوقف على إرادة الخصوم.

٣- نطاق القضاء أوسع من نطاق التحكيم، فالقاضي له النظر في كل القضايا فهو صاحب الولاية العامة وهو المهيمن على كافة المنازعات، أما نطاق التحكيم فينحصر - كقاعدة عامة - في المسائل التي يجوز فيها الصلح والمحكّم ليس له النظر إلا فيما ورد في وثيقة التحكيم، فلو أثار أحد الخصوم مطالبة جديدة لم يجز للمحكم النظر فيها، كما أن أعمال المحكّمين تخضع لرقابة القضاء، فالقضاء هو الذي يحدد جواز التحكيم وجواز تنفيذ أحكامهم، ولذلك نجد أن شروط القاضي أشد من شروط المحكّم وإن اتفقا في الأسس والإطار العام.

٤- القضاة يتم تعيينهم من قبل الدولة فهم موظفون دائمون ويخضعون لنظام السلطة القضائية، من حيث التعيين والعزل والحقوق والواجبات ونحو ذلك كما أنهم يتقاضون مرتباتهم من قبل الدولة، أما المحكّمون فيتم تعيينهم من قبل الخصوم، وهم من يقومون بدفع أتعابهم، فالقضاء أساسه مزاولة سلطة الدولة، والتحكيم أساسه التعاقد، ولهذا تسأل الدولة عن خطأ القاضي على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، في حين أن المحكّم لا تسأل الدولة عن خطئه، كونه غير تابع لها وإنما يعمل لنفسه ومسؤوليته تجاه أطراف التحكيم مسؤولية عقدية بحكم العقد المبرم بينهم.

---

[1] أعوان القاضي وأحكامهم الفقهية، أحمد البراك، ص١٧.

٥- القضاة يلتزمون بإعمال قواعد القانون الموضوعي والإجرائي معاً، أما المحكّمون فلا يلتزمون بذلك وخاصة إذا كانوا مفوضين بالصلح، بل يخضعون لإجراءات خاصة يتفق عليها الخصوم، أو يعملون بلائحة التحكيم التابعة لإحدى مراكز التحكيم المؤسسي.

٦- الحكم القضائي يتمتع بحجية مطلقة، فلا يقتصر أثره على المحكوم عليه وحده بل تكون له حجة في مواجهة الكافة[١]، أما حكم التحكيم فيكون قاصراً على طرفي خصومة التحكيم وحدهم،ولذلك يرى الفقهاء أن حكم المحكّم في حق طرفي الخصومة حكم، وفي حق غيرهما بمنزلة الصلح بينهما، والصلح لا يتعدى أثره[٢]، ويقولون إن التحكيم عبارة عن "تصيير غيره حاكماً فيكون الحكم في حق ما بين الخصمين كالقاضي في حق كافة الناس، وفي حق غيرهما بمنزلة الصلح، لأنه إنما صار حكماً بتراضي الخصمين وتراضيهما يعمل في حقهما، و لم يعمل في حق غيرهما، لأن لهما ولاية على نفسيهما، لا على غيرهما"[٣].

٧- الصورة العامة للتحكيم تختلف عن الصورة العامة للقضاء من حيث كون التحكيم اختياريا وديا، يرمي إلى المحافظة على الصلات الاجتماعية أو التجارية أو غيرها، ويؤمل منه سرعة الفصل وفق إجراءات مختصرة توفر على المتحاكمين الجهد والوقت، ومن حيث أن حكم المحكّم لا يرفع الخلاف، بمعنى أنه يجوز للقاضي المختص إذا كانت المسألة خلافية وله رأي آخر غير ما رآه المحكّم أن ينقض حكم المحكّم ويحكم بما يراه، في حين أن هذا الحكم لو صدر من قاض ابتداء، فإنه لا يجوز لقاض آخر، أن ينقض حكمه، لكونه يرى رأياً آخر، لأن حكم القاضي يرفع الخلاف، وعلة ذلك أن حكم المحكّم بمنزلة الصلح بالنسبة للقاضي، أما حكم القاضي فهو حجة في حق الكل بحكم ولايته على الناس كافة، فلا يجوز لمن بعده نقض حكمه[٤].

---

[١] انظر: الجصاص، شرح أدب القاضي للخصاف، ص٣٩٣ـــ٣٩٤؛ عبدالله آل خنين، التحكيم في الشريعة الإسلامية، ص٣٦ـــ ٣٧.

[٢] المرجع السابق، ص٣٩٣.

[٣] القونوي، أنيس الفقهاء، ص٢٣٢.

[٤] انظر: وظيفة المحكّم في الفقه الإسلامي، د/زيد الزيد، ص٦٨ـــ٧٧؛ التحكيم والصلح، د/محمد عرفه، ص٢٥ـــ٢٩؛ التحكيم في المملكة، للبحاد، ص٣٩.

الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن الصلح:

الصلح هو "عقد يحسم به الطرفان ــ على وجه التراضي ــ نزاعاً واقعاً، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً على وجه شرعي"[1]، ورغم أن الصلح يتفق مع التحكيم في أن كليهما يعد وسيلة من وسائل حسم النزاع دون اللجوء إلى القضاء إلا أنهما يختلفان فيما يلي:

١- الصلح يقتضي التنازل عن كل أو بعض ما يتمسك به طرفا عقد الصلح أما في التحكيم فلا يتنازل الخصوم كلهم أو بعضهم عن كل أو بعض ما يتمسكون به، بل يحكم المحكَّم في النزاع ، ويكون حكمه ملزما لمن صدر ضده، ومن ثم فإنه قد يقضي بكل الحق لخصم واحد.

٢- التحكيم نظام قضائي نظمه القانون ووضع له قواعده وإجراءاته فيه حسم للنزاع، إذ أن حكم المحكَّم يحوز حجية الأمر المقضي به ويجب تنفيذه قسراً في حالة عدم الرضا، متى ما أصبح نهائياً، أما الصلح فهو نظام توفيقي (ليس فيه إجراءات محددة) قد لا يتمكن المتخاصمون فيه من الوصول لحل مرضٍ لهم، وقاطع للنزاع، وبالتالي يلجئون إلى القضاء أو إلى التحكيم للفصل في النزاع القائم، فعمل المصلح ينتج عنه عقد يتفق عليه الطرفان أما عمل المحكَّم فينتج عنه حكم قضائي ملزم للطرفين، وفرق بين الحكم القضائي والعقد الرضائي.

٣- الصلح غالباً ما يكون هو الخطوة الأولى عند ظهور بوادر الخلاف بخلاف التحكيم الذي يأتي في مرحلة لاحقة لذلك.

٤- يجوز الطعن في حكم المحكَّم وفقاً للقواعد العامة المنظمة لذلك، أما في الصلح فإن عقد الصلح يلزم طرفيه ولا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام، ولكن يجوز أن يكون قابلاً للفسخ أو البطلان وفقاً لما تقرره قواعد المعاملات المدنية المنظمة للعقود.

٥- عقد الصلح لا يصلح أن يكون سنداً تنفيذياً، إلا إذا ورد في عقد رسمي أو أقر به الخصوم أمام المحكمة وتم إثباته في ضبط الجلسة، أما حكم المحكَّم فيعتبر في ذاته سنداً تنفيذياً متى صدر الأمر بتنفيذه من الجهة المختصة[2].

---

[1] أعوان القاضي وأحكامهم الفقهية، أحمد بن صالح البراك، ص١٥٤.

[2] انظر، التحكيم والصلح، د/محمد عرفه، ص٣٧ــ٣٩؛ وظيفة المحكم، د/زيد الزيد، ص٩٠ــ٩٤؛ التحكيم في المملكة، للبحاد،ص٤٢.

الفرع الثالث: تمييز التحكيم عن التوفيق.

التوفيق هو نظام يقوم بمقتضاه شخص أو أكثر من تلقاء أنفسهم أو بناء على أطراف الخصومة بالتوسط والتفويق بينهم لإنهاء الخصوم، وذلك من خلال تقديم عرض أو اقتراح حل معين بهدف التسوية مع احتفاظ أطراف الخصومة بحريتهم في الأخذ بهذا الحل أورده، ويتفق مع التحكيم في أن كليهما وسيلة من وسائل فض المنازعات خارج دائرة القضاء العام، لكنهما يختلفان فيما يلي:

١- التوفيق قد يتم بناء على رغبة الموفق أو الموفقين ومن دون تكليف من قبل الخصوم أو جهة أخرى، وعليه فإنه ليس لزاماً عليهم أن يقوموا بتحرير وثيقة بذلك، أما التحكيم فلا يتم إلا بناءً على اتفاق أطراف الخصومة ـــ سواء قبل التراع أو بعده ـــ حيث يلزم في جميع الأحوال وجود اتفاق تحكيم صحيح يتضمن إسناد مهمة الفصل في التراع إلى محكَّمين.

٢- في التحكيم يحوز القرار الصادر من المحكَّم حجية الأمر المقضي به ويكون منهياً للخصومة، لأن التحكيم وسيلة بديلة لقضاء الدولة، أما في التوفيق فما يقترحه الموفق لا يعدو أن يكون سوى مجرد اقتراح أو توصية غير ملزمة لأطراف الخصومة فلهم الحق في الأخذ بها أو تركها، لأن الموفق ما هو إلا شخص يسعى إلى تقريب وجهات نظر الأطراف[١].

الفرع الرابع: تمييز التحكيم عن الوكالة:

تعرَّف الوكالة بأنها: "استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة"[٢] ويتفق التحكيم مع الوكالة في أن كليهما من العقود الرضائية التي تستند لإرادة أطرافها، ويتم فيها اختيار شخص آخر للقيام بتنفيذ مهمة محددة، لكنهما يختلفان فيما يلي:

١- يحق للموكل أن يلغي وكالته ويعزل الوكيل في أي وقت، أما المحكَّم فلا يجوز عزله بالإرادة المنفردة لأحد الأطراف المحتكمين حتى ولو كانت هي إرادة الطرف المحتكم الذي تولى اختياره.

٢- الوكيل يستهدف مصلحة موكله، ويعمل وفق تعليماته، وعليه فلا يجوز له التصرف إلا بما فيه مصلحة موكله، وفي حدود الوكالة التي أعطيت له، أما المحكَّم فعمله مستقل تماماً عمن

---

[١] انظر، التحكيم والصلح، مرجع سابق، ص٤٠؛ التحكيم في المملكة، مرجع سابق، ص٤٠.

[٢] شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، ٢٩٩/٢؛ كشاف القناع ٤٦١/٤.

حكّمه، ولا يستهدف مصلحة طرف معين، وإنما الواجب عليه أن يؤدي عملاً قضائياً، لتحقيق العدالة[1].

الفرع الخامس: تمييز التحكيم عن الخبرة.

يقصد بالخبرة بصفة عامة معرفة بواطن الأمور، ويقصد بها هنا: "توضيح حالة أو واقعة، يتطلب تقديرها، وإثباتها معرفة ودراسة فنية أو علمية من قبل أشخاص معينين"[2] ويتفق التحكيم مع الخبرة من ناحية إبداء رأي في نزاع معين، لكنهما يختلفان فيما يلي:

١- أن رأي المحكَّم حاسم للنزاع القائم وملزم للخصوم، أما الخبير فلا يكون رأيه ملزماً لمن طلب منه الرأي، فهو يقدم استشارة لا تلزم الخصوم ولا القاضي ولا المحكَّم.

٢- طبيعة عمل الخبير هي مساعدة الغير وليس عملاً مستقلاً بذاته، فهو يكلف بإبداء رأي فيما يعرض عليه من مسائل معينة، قد تكون طبية أو محاسبية أو هندسية أو تجارية، بهدف إيضاح ما أشكل فهو يبدي رأيه في الوقائع دون أن يتدخل في النصوص ذات الصلة بالنزاع، أما المحكَّم فهو يدرس الوقائع والنصوص ورأيه متعلق بنصوص النزاع.

٣- الشروط المعتبرة في الخبير تختلف عن الشروط المعتبرة في المحكَّم لأن المحكَّم له ولاية أما الخبير فليس له ولاية وبالتالي شدد الفقهاء في شروط المحكَّم كأن يكون مسلماً، لكن لا نجد هذا الشرط مطلوباً في الخبير، فللخصوم إذا وقع الاختيار من قبلهم أن يختاروا من يشاءون ولو كان غير مسلم، أما إذا كان الاختيار من قبل القاضي فلا يجوز الاستعانة إلا بمسلم إلا في حالة رضا الطرفين بغير ذلك[3].

<u>المبحث الخامس: المحكَّم وفيه مطلبان:</u>

المطلب الأول: تعريف المحكَّم:

تبرز أهمية معرفة المحكَّم، لما في التعريف من أهمية فيما بعد، سواء على مستوى التنظير والتقعيد، أو على مستوى معرفة ما هو المحكَّم، وما طبيعة عمله، أو على مستوى معرفة المحكَّم

---

(١) أساس التفرقة بين التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوكالة الاتفاقية، محمود السيد التحيوي، ص٧٢.

(٢) انظر إلى معنى مقارب لذلك، أعوان القاضي، د/أحمد البراك، مرجع سابق، ص١٨٥.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٩/٤٢٥؛ وانظر: وظيفة المحكَّم في الفقه الإسلامي، د/زيد الزيد، ص٨٥؛ التحكيم والصلح، مرجع سابق، ص٣٣ـــ ٣٥.

لما هو مطلوب منه من شروط وآداب والتزامات ونحو ذلك، وتعريف المحكّم يتضح من خلال الفروع التالية.

الفرع الأول: تعريف المحكّم في اللغة:

يأتي تعريف المحكّم في اللغة على عدة معان أذكر منها مايلي:

المحكّم بالفتح الحكَم والفاصل، يقال: حكَم بمعنى قضى وفصل، وحكمّه في الأمر أي فوض إليه الحكم فيه وتحكّم في الأمر أي حكم فيه وفصل برأي نفسه من غير أن يبرز وجهاً للحكم، والحَكَم بفتحتين الحاكم، وحكّمه في ماله تحكيما إذا جعل الحكم فيه، والمحكّم هو الذي يفوض إليه الحكم في الشيء، وقيل هو الرجل المجرب، فالمحكّم هو من نصب للفصل بين المتخاصمين وجمعه حكمه[١].

الفرع الثاني: تعريف المحكّم في الاصطلاح وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: تعريف المحكّم في الاصطلاح الفقهي.

عرفه البعض بأنه: "هو الذي يتخذه الخصمان حاكماً برضاهما للفصل في خصوماتهما، ودعواهما على الوجه الشرعي"[٢]. وعرفته المادة (١٧٩٠) من المجلة العدلية بأنه: "الحاكم الذي يتخذه خصمان برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما"[٣]، ولفظ الحاكم هنا لا يقصد به من يعين من قبل ولي الأمر للفصل في المنازعات التي تجري بين الناس فهذا يعرف بالقاضي وليس لإرادة المتخاصمين أي دور في اختياره، بعكس المحكّم الذي يتم اختياره بناء على إرادة المتخاصمين، وقد استخدمت المجلة لفظ الحاكم وكذلك المحكّم للتعبير عن الشخص الذي يقوم بالفصل في نزاع بناء على اختياره من قبل أطراف النزاع[٤].

المسألة الثانية: تعريف المحكّم في الاصطلاح النظامي.

لم يضع نظام التحكيم السعودي تعريفاً للمحكّم شأنه في ذلك شأن قوانين التحكيم في مختلف الدول الأخرى ويمكن تعريفه بأنه: "شخص يتمتع بثقة الخصوم أولوه عناية الفصل

---

[١] انظر: لسان العرب، لابن منظور، ١٤٠/١٢، مختار الصحاح للرازي، ص١٤٨، القاموس المحيط للفيروز آبادي.

[٢] أعوان القاضي وأحكامهم الفقهية، مرجع سابق، ص١٣٠.

[٣] درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، ٥٨٧/٤.

[٤] التحكيم في المملكة، مرجع سابق، ص١٢٤.

في خصومة قائمة بينهم، وقد تم تعيينه من جانب المحكمة"[1]، وعرفه البعض: "بأنه شخص طبيعي يوكل إليه الخصمان مهمة الفصل في نزاع قائم أو قد يحدث بينهم، كما قد تعينه الجهة المختصة أصلا بالفصل في النزاع بناءاً على إرادة الخصوم أو أحدهم في حدود الصلاحيات التي أعطاها إياه نظام التحكيم"[2].

المسألة الثالثة: المقارنة بين التعريف الفقهي والتعريف الاصطلاحي.

من خلال العرض السابق لتعريف المحكّم نجد أن تعريف الشراح متوافق إلى حد ما مع ما ذكره الفقهاء بهذا الخصوص إلا أن تعريف الفقهاء يلحظ فيه الدقة حيث سموه (حاكم) وفي ذلك تقرير للرأي المشهور عندهم بكون التحكيم يندرج تحت باب القضاء إلا أنه أحط رتبة منه.

المطلب الثاني: شروط المحكّم وفيه فرعان:

الفرع الأول: شروط المحكّم في الفقه الإسلامي:

اشترط الفقهاء في الحكم الذي يتم اختياره من قبل أطراف النزاع أن يكون صالحاً للتحكيم وذلك بتوافر الشروط المعتبرة شرعاً فيه، وقد اختلف الفقهاء في الشروط التي يجب أن تتحقق في المحكّم على قولين:

القول الأول: يجب أن يكون المحكّم أهلاً للقضاء من خلال توفر شروط القاضي فيه، وهو قول الحنفية، والمازري من المالكية، والشافعية، والحنابلة[3].

ودليلهم:أن الحكم أصبح قاضياً بعد نصبه من قبل الخصمين، فلا بد من توفر صفات القاضي فيه[4].

القول الثاني: لا يشترط أن يكون المحكّم أهلاً للقضاء، وعليه فلا يجب توفر شروط القاضي فيه، وهو قول أكثر المالكية، وقول ابن تيمية من الحنابلة[5].

---

[1] عقد التحكيم وإجراءاته، أحمد أبو الوفاء، ص١٦١.

[2] التحكيم في المملكة، مرجع سابق، ص١٢٤.

[3] المبسوط، للسرخسي، ٧٣/١٦، ودرر الحكام، لحيدر،٦٤٠/٤، مواهب الجليل، للحطاب، ١١٢/٦، أدب القاضي، للماوردي، ٣٨٠/٢ الإنصاف للمرداوي، ١٩٧/١١، المحرر في الفقه، لابن تيمية ٢٠٢/٢.

[4] المراجع السابقة.

[5] مواهب الجليل، للحطاب ١١٢/٦، كشاف القناع، ٣٠٩/٦، الفروع، لابن مفلح، ٤٤٠/٦.

ودليلهم: أن التحكيم من باب الوكالة وليس من باب الولاية، والوكيل لا يشترط فيه ما يشترط في القاضي سوى العقل[1].

الراجح: الذي يترجح ـــ والله أعلم ـــ هو القول الأول نظراً لقوة أدلته، ولأن المحكّم يشبه القاضي من جهة النظر والحكم ومحاولة تحري الدقة والعدالة، ومن جهة نفاذ الحكم وعليه فسوف يكون ذكر هذه الشروط بناءاً على القول الذي رجحناه وإليك بيانها:

الشرط الأول: الإسلام فقد أجمع الفقهاء على عدم جواز تولي غير المسلم القضاء للفصل في التراعات بين المسلمين أو في قضية أحد طرفيها مسلم، وعليه فشرط الإسلام مطلوب في المحكّم، وذلك لكون التحكيم من أنواع القضاء، والقضاء ولاية، والكافر لا تصح ولايته كما لا تصح شهادته، والله سبحانه وتعالى قال في محكم التتريل: ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾[2] ويتفرع على هذا الشرط مسائل تكلم فيها الفقهاء يحسن الإشارة إليها هنا:

المسألة الأولى: تحكيم الكافر وهذه المسألة يكون النظر فيها من ناحيتين: الأولى تحكيم الكافر في نزاع كلا طرفيه مسلمين أو بين مسلم وكافر فهذه اتفق الفقهاء بأنه لا يجوز تحكيم الكافر والحالة هذه، وإذا حكم لم ينفذ حكمه ولو وافق الصواب، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾[3].

الثانية: تحكيم الكافر بين الكفار، وهذه جمهور الفقهاء على عدم الجواز فلا يولى كافر القضاء في ديار الإسلام ولو للحكم بين الكفار، لأن الحكم الواجب التطبيق في ديار المسلمين هو الإسلام وهذا لا يتأتى من غير المسلم[4]، وأجازه الحنفية وقالوا: بأن الكافر أهل للشهادة بين الكفار، فكذا يجوز تقليده القضاء بين بني دينه[5].

---

[1] المنتقى، ٢٢٧/٥، ومواهب الجليل، المرجع السابق؛ كشاف القناع، المرجع السابق.

[2] سورة النساء، الآية: ١٤١.

[3] سورة النساء، الآية: ١٤١.

[4] تبصرة الحكام، لابن فرحون، ٢٦/١، حاشية قليوبي وعميرة ٢٩٨/٤، الانصاف، ١٧٦/١١.

[5] البحر الرائق، ٢٤/٧.

المسألة الثانية: تحكيم الذمي فهذه تأخذ نفس حكم سابقتها، إن حكمه المسلمون لم يجز، وإن حكّمه أهل الذمة جاز عند الحنفية[1]، وتجدر الإشارة هنا إلا أنه إذا كان الحكم قد عينه الخصم لإنماء القضية صلحا فذلك تحكيم جزئي، وهو وكالة في الصلح، ولا يشترط في هذه الحالة سوى شروط الوكالة، فلا يشترط الإسلام حينئذ[2].

والذي يترجح هو وجوب كون الحكم مسلماً، فلا يجوز تحكيم الكافر لأنه لا ولاية له على مسلم، كما أنه لا يجوز تحكيم كافر بين الكفار في دار الإسلام، كون الحكم الواجب تطبيقه في ديار المسلمين هو حكم الإسلام. والله أعلم.

الشرط الثاني: البلوغ: ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز تحكيم الصبي، ولا ينفذ حكمه ولو وافق الصواب، قالوا: لانعدام أهلية القضاء والشهادة، ولأن التحكيم يحتاج إلى فطنة وذكاء وهي غير متحققة في الصبي في الغالب[3]،. ويرى بعض المالكية جواز تحكيم الصبي ونفاذ حكمه إذا حكمه الخصمان، إذا كان قد عقل وعرف، وقالوا: قد يكون عالماً بالسنة والقضاء، ولأن التحكيم من باب الوكالة فلا يشترط فيه البلوغ كسائر الوكالات[4].

والذي يترجح: أن البلوغ شرط صحة في المحكَّم، وذلك لكون الصغير لا يملك ولاية على نفسه فكيف على غيره، وهو مرفوع عنه قلم التكليف، ولا يستطيع فهم خطاب الشارع.

الشرط الثالث: العقل وهو شرط متفق عليه بين الفقهاء في المحكَّم، فلا يجوز تولية المجنون لأنه فاقد الأهلية ولأن المحكَّم مطلوب منه أن يكون على قدر من الذكاء والفطنة بعيداً عن السهو والغفلة، يتوصل برجاحة عقله إلى حل ما أشكل وفصل ما أعضل، وهذا لايتأتى من المجنون[5].

الشرط الرابع: الذكورة ذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط الذكورة في الحكم وهو قول أكثر المالكية والمذهب عند الشافعية والحنابلة[6]، ومستندهم في ذلك: قوله ﷺ :(لن يفلح قوم ولوا

---

[1] المراجع السابقة.

[2] التحكيم في الشريعة الإسلامية، عبدالله ابن خنين، ص٦٠.

[3] الهداية، ١٠٨/٣، مواهب الجليل، ١١٢/٦، المغني، ١٢/١٤.

[4] تبصرة الحكام/٥١/١، المنتقى، ٢٢٨/٥.

[5] تبصرة الحكام، مرجع سابق، ٦٣/١، الكشاف، ٦٠/٣.

[6] المنتقى، ٢٢٨/٢، أدب القاضي للماوردي، ٦٢٥/١، شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، ٤٦٤/٣.

أمرهم امرأة)[1] ونفي الفلاح دليل عل عدم صحة توليتها منصب فصل الخصومات بين الناس بولاية الحكم، ولأن هذا الشرط مطلوب في ولاية القضاء فكذلك هنا، فتحكيم المرأة عندهم غير جائز كونها ليست أهلاً للقضاء[2]، وذهب بعض الحنفية والمالكية والظاهرية[3] إلى عدم اشتراط الذكورة في الحكَم وعليه فيجوز تحكيم المرأة وتعليلهم: علل الحنفية لذلك بأن المرأة يصح قضاؤها في غير الحدود والقصاص فيجوز تحكيمها، ولم ينتهض الدليل على نفي قضاء المرأة بعد موافقته ما أنزل الله، كما أنه لم يثبت شرعاً سلب أهليتها إذ ليس في الشرع سوى نقص عقلها[4]، وأما تعليل المالكية فهو بناء على أن التحكيم من باب الوكالة لا الولاية، والمرأة يجوز أن تكون وكيلة كالرجل، وإذا حكمت صح حكمها ونفذ مالم يكن جوراً، ولأن كل من يتأتى منه الفصل بين الناس، فحكمه جائز[5]، وأصل هذا أن المحكَّم لا يشترطون فيه شروط القاضي، وإنما يكتفون بشروط الشاهد[6].

والذي يترجح هو أن الذكورة شرط صحة في حق الحكم لكون التحكيم له شبه بالقضاء ولكون المحكَّم له ولاية مع التسليم بأنها محدودة، فيشترط فيه الذكورة كما يشترط في القضاء، ويستثنى من ذلك ما كان عل سبيل الخبرة ونحوها مما لا يتطلب قرارا ملزما لأطراف النزاع، وبخاصة في الأمور التي تكون فيها المرأة أدرى بها من غيرها، وذلك كتحكيمها في قبول قولها في البكارة والثيوبة وكذلك العيوب ونحو ذلك ويكون حكمها بمثابة تقرير أما التحكيم العام الذي يقوم على الولاية، ويتطلب إجراءات قضائية فلا يجوز أن يسند إلى المرأة كسائر الأعمال الولائية الأخرى[7]، وقد أخذ نظام التحكيم بهذا المبدأ وإن كان لم ينص عليه صراحة ولكن يفهم ذلك ضمناً.

---

[1] أخرجه البخاري، كتاب المغازي، باب كتاب النبي ﷺ إلى كسرى وقيصر، حديث رقم (٤٤٢٥) الفتح١٧٢/٨.

[2] المراجع السابقة.

[3] تبيين الحقائق، ١٩٣/٤؛ المنتقى، ٢٢٨/٥، المحلى٤٢٩/٩.

[4] البحر الرائق، ٢٦/٧؛ شرح فتح القدير، ٢٩٨/٧.

[5] الشرح الكبير، ١٣٦/٥؛ بداية المجتهد، ٦٧٥/٢.

[6] وظيفة المحكم في الفقه الإسلامي، د/زيد الزيد، ص١٠٨.

[7] انظر: التحكيم في الشريعة الإسلامية، ابن خنين، ص٨٠؛ وظيفة المحكم في الفقه الإسلامي، د/زيد الزيد، ص١٠٩.

الشرط الخامس: الحرية ذهب جمهور الفقهاء إلى وجوب أن يكون الحكَم حراً، فلا يجوز تحكيم العبد، لفقدان أهلية القضاء، ولأنه مشغول بخدمة سيده، ومافيه من منافع ملك لسيده[1].

وذهب بعض المالكية إل جواز تحكيم العبد إذا كان عارفاً مأموناً في حكمه[2].

والذي يترجح: جواز تحكيم العبد بشرط رضا الخصمين، وإذن سيده لأن المحكّم ليس كالقاضي من كل وجه، فنظره في التحكيم يكون لقضية معينة تنتهي ولايته فيها بانتهائها[3].

الشرط السادس: العدالة وقد اشترط جمهور الفقهاء هذا الشرط في الحكَم، وهو قول بعض الحنفية والشافعية وأكثر المالكية والحنابلة[4] قالوا: لضرورة حفظ أموال الناس ودمائهم وأعراضهم، إذ لو فوض الحكم إلى من لا يوثق لحكم بالجور مما يؤدي إلى انتشار الظلم وضياع الحقوق وكثرة المفاسد[5].، وذهب بعض الحنفية والمالكية إلى أن العدالة شرط كمال وليست شرط صحة وعليه فلا يشترط في الحكَم العدالة[6]، وبناء على هذا الشرط اختلفوا في مسألة تحكيم الفاسق على قولين:

القول الأول: لا يُحكَّم الفاسق ولا ينفذ حكمه وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية وأكثر المالكية والشافعية والحنابلة[7]، ومستندهم في ذلك: لأن الفاسق ليس من أهل القضاء، ثم إن الفسق ينعزل بسببه القاضي فصار بمترلة الذمي والصبي، ثم إنه قد يترتب على استمراره في الحكم ضياع للحقوق وانتشار للظلم والشريعة لم تأمر بذلك[8].

القول الثاني: أن تحكيم الفاسق جائز ،وينفذ حكمه. وهو قول الحنفية في ظاهر الرواية وبعض المالكية[9] وحجتهم: أن الفاسق من أهل القضاء والقاضي إذا فسق يعزل، لكن لاينعزل بسبب

---

[1] الفتاوى الهندية، ٣٩٧/٣؛ تبصرة الحكام، ٦٣/١؛ المغني١٣/١٤.

[2] الشرح الصغير، للدردير، ٢٠٠/٤.

[3] التحكيم في الشريعة الإسلامية، ابن خنين، ص٦٥.

[4] روضة القضاة، للسمناني، ٨١/١؛ المنتقى، ٢٢٨/٥؛ الأحكام السلطانية، للماوردي، ص٦٦؛ المغني، ١٦/١٤.

[5] المراجع السابقة.

[6] البحر الرائق، ٢٦/٧؛ تبصرة الحكام، ٥٩/١.

[7] الفتاوى الهندية، ٣٩٧/٣؛ المنتقى، ٢٢٨/٥؛ أدب القاضي، للماوردي، ٦٣٤/١؛ المغني، ١٤/١٤.

[8] المراجع السابقة.

[9] شرح أدب القضاء، لابن مازه، ٦٧/٤؛ تبصرة الحكام، لابن فرحون، ٦٠/١.

الفسق، وذلك لأن العدالة شرط كمال وليست شرط صحة، وعليه فلو جرى تحكيم فاسق فالأولى ألا يحكم لكن إذا حكم بينهما نفذ حكمه[1]، والذي يظهر أن العدالة شرط في صحة الولاية فهي لازمة حفظاً لحقوق الآدميين وصيانة للمصالح، لكن إذا حكمه الخصمان مع علمهما بفسقه ورضيا بذلك جاز، كما يقبل إذا ائتمنوه على حق لهم.

الشرط السابع: سلامة الحواس ويقصد بها السمع والبصر والنطق وقد اتفق الفقهاء على جواز تولية من كان سليم الحواس القضاء وعليه فيجوز أن يكون محكّماً واختلفوا في مسائل:

المسألة الأولى: تحكيم الأعمى اختلفوا في هذه المسألة على قولين: القول الأول: لا يجوز تحكيم الأعمى وتحكيمه باطل وإن وقع لم يجز نص على ذلك الحنفية وتابعهم المالكية والشافعية[2] وحجتهم في ذلك: أن المحكّم في حق المحتكمين إليه بمنزلة القاضي، وبالتالي يشترط له أهلية القضاء والأعمى ليس أهلاً للقضاء وعليه فهو ليس أهلاً للتحكيم ولا ينفذ حكمه، حتى لو ذهب بصره بعض الوقت ثم رجع لم يجز حكمه[3].

القول الثاني: جواز تحكيم الأعمى وهو قول لبعض الحنابلة[4] ومستندهم: القياس على جواز شهادة الأعمى إذ لا يعوزه إلا معرفة عين الخصم، ولا يحتاج إلى ذلك، بل يقضي على موصوف كما قضى داود عليه السلام[5].

والذي يترجح: أنه يصح تحكيم الأعمى في المنازعات التي لا تحتاج إلى نظر، وإنما يكفي فيها إبداء رأي ويمكن للأعمى أن يدرك ما فيه مصلحة المتخاصمين وفيما فوض إليه، أما المنازعات التي يلزم فيها معرفة الخصوم والشهود وتمحيص المستندات والمستمسكات، فهنا لا بد أن يكون مبصراً، لأن المحكّم حينئذ يكون ممارساً لما يمارسه القاضي في مواجهة الدعوى بين الخصوم فلزم الإبصار فيه.

---

[1] شرح فتح القدير لابن الهمام، ٤/٦٧؛ بدائع الصنائع، للكاساني، ٧/٣؛ المنتقى، ٢/٢٢٨.

[2] المبسوط، للسرخسي، ١٦/١١١؛المنتقى، للباجي،٥/٢٢٩؛ حاشية قليوبي وعميرة، ٤/٢٩٨.

[3] الفتاوى الهندية، ٣/٣٩٨؛ بداية المجتهد ٢/٦٥٧؛ القليوبي، المرجع السابق.

[4] الانصاف، للمرداوي، ٢٨/٣٠٠.

[5] الاختيارات الفقهية، للبعلي، ص٣٣٦.

المسألة الثانية: تحكيم الأصم فيرى الحنفية أنه يشترط السمع في المحكَّم وأن صحة الحكم ولزومه متوقف على ذلك فهو شرط في الحكَم كما هو شرط في القاضي، وعليه فلا يجوز تحكيم الأصم[1].

أما المالكية فيرون أن شرط السمع في الحكَم شرط في استمرار ولايته وليس شرطاً في جواز ولايته قياساً على القاضي[2]، أما الشافعية والحنابلة فيرون أيضا أن السمع شرط في الحكم وإذا كان أصم فلا يجوز تحكيمه لعدم أهليته للقضاء[3]. والذي يترجح أن تحكيم الأصم غير جائز نظراً لعدم أهليته للقضاء، ولأنه محتاج إلى تمييز الدعاوى والتأكد منها ومن شهادة الشهود وسماع الوقائع، لكي يعطي حكماً دقيقاً وهذا يصعب عليه.

المسألة الثالثة: تحكيم الأبكم فجمهور الفقهاء على وجوب تحقق هذا الشرط في القاضي وعليه فهو شرط مطلوب في الحكم إذ الأخرس لا يمكنه النطق بالحكم ولا يفهم جميع الناس إشارته وهو الظاهر. والله أعلم[4].

الشرط الثامن: العلم بالأحكام الشرعية وقد اختلف الفقهاء في تطبيق هذا الشرط على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يشترط فيه العلم والفقه مطلقاً وهو قول المالكية وبعض الشافعية، قالوا: لأن في تحكيم الجاهل خطراً وغرراً ويترتب عليه ضرر، والحكَم ملزم بالحكم بما أنزل الله أما الجاهل بحكم الله فلا يمكنه الحكم به[5].

القول الثاني: أن العلم بالأحكام الشرعية ليس بشرط لجواز التحكيم بل هو شرط ندب واستحباب وهو قول الحنفية واستدلوا: بقول علي ﷺ حينما بعثه الرسول ﷺ إلى اليمن: (بعثني رسول الله إلى اليمن قاضياً فقلت: يارسول الله ترسلني وأنا حدث السن، ولا علم لي

---

(1) بدائع الصنائع، ٣/٧.

(2) بداية المجتهد، لابن رشد، ٦٧٥/٢.

(3) حاشية القليوبي: ٢٩٨/٤؛ الشرح الكبير، لشمس الدين أبي الفرج ابن قدامة، ٣٠٠/٢٨ مطبوع مع المقنع والإنصاف.

(4) بدائع الصنائع، للكاساني، ٣/٧؛ أدب القاضي، للماوردي، ٦٢٤/١؛ الشرح الكبير، لشمس الدين ابن قدامة، ٣٠١/٢٨.

(5) مواهب الجليل، للحطاب، ١١٢/٦؛ أدب القاضي للماوردي، ٣٨٠/٢.

بالقضاء؟ فقال: إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول...) الحديث[١] ووجه الدلالة من الحديث، قالوا: فإنه يدل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجواز، لأن علياً رضي الله عنه لم يكن من أهل الاجتهاد حينئذ، وقالوا:ولو لم يعين لانسد باب القضاء لعدم وجود المجتهدين فتضيع الحقوق[٢].

القول الثالث: أنه يشترط الفقه فيما حُكّم فيه لا في جميع الأحكام وهو قول الحنابلة وبعض الشافعية واستدلوا بقصة تحكيم الرسول ﷺ لسعد ﷺ[٣] ولم يكن معروفاً بالفقه في جميع الأحكام[٤]. والذي يترجح أنه يكفي العلم في الموضوع الذي يتولى الفصل فيه، ويكفي أن يكون مطلعاً على أصول المسائل قادراً على الرجوع إلى كتب أهل العلم، قادراً على التمييز بين الأقوال الراجحة والمرجوحة، ملماً بالقواعد والضوابط الفقهية، لأن في اشتراط الاجتهاد في المحكّم إفراطاً وتشدداً، نظراً لندرة المجتهدين، ثم إن التحكيم يكون في واقعة معينة فإذا كان المحكّم عالماً بها كفى ذلك.

الشرط التاسع: أن يكون معيناً ومعلوماً للطرفين وقد اتفق الفقهاء على هذا الشرط في الجملة، وقالوا: لأن في غير ذلك جهالة مفسدة للعقد[٥].

الفرع الثاني: شروط المحكّم في النظام وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: شروط المحكّم التي نص عليها نظام التحكيم:

الشرط الأول: يجب أن يكون المحكّم من ذوي الخبرة. واشتراط المنظم ذلك نظراً لكون الخبرة تعتبر من الدوافع التي تدفع أطراف التراع إلى اللجوء إلى التحكيم فيقوم المتنازعون بعرض نزاعهم على أناس متخصصين في موضوع التراع، وحائزين على ثقة الخصوم فيهم وأما معيار كون المحكّم خبيراً فهو إلمامه بدرجة كافية بموضوع التراع، حيث لا يشترط حصوله على

---

[١] سنن أبي داود، باب كيف القضاء، ٣٠١/٣؛ وسنن الترمذي، باب ماجاء في القاضي لايقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما ٣٩٥/٢

[٢] مجمع الأنهر، لشيخ راده، ١٥٥/٢.

[٣] سبق تخريجها.

[٤] نهاية المحتاج، ٢٤٢/٨؛ الإنصاف، ٣٠٢/٢٨.

[٥] درر الحكام، لعلي حيدر، ٤٦٠/٤؛ المغني، ٩٢/١٤.

شهادة علمية متخصصة في مجال النزاع[1]، وهذا ما يفهم من نص المادة الثالثة من نظام التحكيم حيث نصت: "يشترط في المحكَّم أن يكون من أهل الخبرة..." ولم توضح متى يعتبر المحكَّم خبيراً، فاكتفاء المنظم بمجرد الإشارة إلى كون الحكَم خبيرا يشير إلى أن معيار كون الحكَم خبيراً هو المعرفة بطبيعة النزاع، إذ لو كان من شرط حصول المحكَّم على وصف الخبرة في موضوع النزاع، وجود مؤهل علمي لنص عليه النظام.

الشرط الثاني: يجب أن يكون المحكَّم حسن السيرة والسلوك. وهذا شرط طبيعي تقتضيه مهنة المحكَّم نظراً لقيامه بعمل يشبه عمل القاضي وبالتالي يجب أن يحظى بسمعة حسنة ونزاهة لا تشوبها شائبة، وقد نص نظام التحكيم على هذا الشرط في المادة (٣) وشرط حسن السيرة والسلوك التي نص عليه النظام يقابل شرط العدالة عند الفقهاء، وما يؤكد ذلك نص المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية التي اشترطت ألا يكون المحكَّم قد صدر عليه حكم بحد أو تعزير في إحدى الجرائم المخلة بالشرف والأمان ويترتب على عدم تحقق شرط حسن السيرة والسلوك بطلان اختيار المحكَّم نظراً لعدم توافر الشرط فيه حتى ولو تمت المصادقة على وثيقة التحكيم فإنها تكون باطلة ولا تنتج آثارها إلا بعد أن تتضمن تعيين محكَّم آخر يتوافر فيه هذا الشرط[2].

الشرط الثالث: يجب أن يكون المحكَّم كامل الأهلية وذلك ببلوغه سناً معينة يسمح له فيها بالتصرف في نفسه وماله بحرية تامة مع تمتعه بكامل قواه العقلية وغير محجور عليه، وبناء عليه فلا يمكن تعيين القاصر محكماً ولا من حكم عليه بشهر إفلاسه إذا لم يرد إليه اعتباره وهو ما نصت عليه المادة الرابعة من نظام التحكيم والمادة الرابعة من اللائحة التنفيذية للنظام التحكيم.

الشرط الرابع: يجب أن يكون عدد المحكَّمين وتراً في حال تعددهم وهو ما نصت عليه المادة الرابعة من النظام، والعلة في ذلك هو تحقيق المصلحة العامة من خلال الحد من تعقيد الإجراءات لأنه لو كان عدد المحكَّمين شفعاً قد تختلف الآراء من دون أن يكون هناك رأي مرجح ومن ثم يصعب فصل النزاع، ووجه الصعوبة في ذلك أنه لابد أن يلجأ الأطراف إلى تعيين محكَّم مرجح أو يقوموا بعرض النزاع على الجهة المختصة أصلاً بالفصل فيه لتحل

---

[1] التحكيم في المملكة، البجاد، ص١٣٩ـــ ١٤٠.

[2] انظر حول هذا الشرط، التحكيم في المملكة، للبجاد، ص١٤١.

الإشكال وفي ذلك إضاعة للوقت وضياع للجهد والمال وبالتالي يفقد التحكيم أهم مميزاته وعليه يعتبر تعيين المحكَّمين بعدد شفعي باطلاً بطلاناً مطلقاً، وتبطل بذلك جميع الإجراءات أو القرارات التي تم اتخاذها وذلك لمخالفة مثل هذا التعيين لنص النظام[١].

المسألة الثانية: شروط المحكَّم التي نصت عليها اللائحة التنفيذية للنظام:

الشرط الأول: أن يكون المحكَّم وطنياً أو أجنبياً مسلماً وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة من اللائحة التنفيذية للنظام حيث نصت على أن: "يكون المحكَّم من الوطنيين أو الأجانب المسلمين..." وبذلك يخالف نظام التحكيم السعودي العديد من التنظيمات الأخرى التي لم تتطلب توافر شرط الإسلام في المحكَّم، كما أن نظام التحكيم قد فارق القضاء في هذه المسألة حيث إن القاضي لا بد أن يكون وطنياً، ولا يصح تولي القضاء من قبل الأجانب المسلمين، ويقصد بالوطني هنا من يكون سعودي الجنسية بغض النظر عن كون جنسيته أصلية أو مكتسبة، ويقصد بالأجنبي هو ذلك الأجنبي المعروف الجنسية الذي دخل إلى المملكة بطريق مشروع وأقام فيها بصورة نظامية، ويدين بدين الإسلام[٢].

الشرط الثاني: يجب أن يكون المحكَّم من أصحاب المهن الحرة أو غيرهم. وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم، فيجب أن يكون المحكَّم من أصحاب المهن الحرة بغض النظر عن طبيعتها فقد يكون تاجراً أو مهندساً أو طبيباً أو مستشاراً قانونياً ونحو ذلك، أو غيرهم كموظفي القطاع الخاص أو العام، إلا أنه فيما يخص الموظف العام يشترط لصحة تعيينه حصوله على موافقة الجهة التي يعمل بها، ونص المادة يعتبر نصاً آمراً ليس أمام الجهة المختصة ولا المحكَّم ولا الخصوم سوى الالتزام بتنفيذه[٣].

الشرط الثالث: الدراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية والتقاليد السارية في المملكة وهذا الشرط هو ما نصت عليه المادة الثالثة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم، ويقصد بالدراية هنا مجرد المعرفة بهذه الجوانب، ولا يقصد بها ضرورة كون المحكَّم حاصلاً على مؤهل علمي متخصص، ويتطلب توافر هذا الشرط في رئيس هيئة التحكيم إذا كان النزاع سيفصل فيه من

---

[١] انظر في ذلك، التحكيم في المملكة، للبحاد، ص١٢٥ وص١٤٢.

[٢] المرجع السابق، ص١٤٤.

[٣] المرجع السابق، ص١٤٥ــ ١٤٦.

قبل هيئة تحكيم، أما إذا كان النزاع سيفصل فيه من قبل محكَّم واحد فلا ضرورة لتوافر هذا الشرط، ويهدف المنظم من ضرورة توافر ذلك في رئيس هيئة التحكيم إلى ضمان صدور الحكم متوافقاً مع تعاليم الشريعة الإسلامية ومتوافقاً مع العرف والعادات السارية في المملكة، مما لا يترك فرصة لأي طعن في الحكم الصادر من الهيئة التحكيمية بسبب مخالفته لنصوص الشريعة أو لما نصت عليه الأنظمة المعمول بها وبالتالي يكون أطراف النزاع مطمئنين إلى عدم وجود أي طعن في الحكم[١].

الشرط الرابع: ألا يكون للمحكَّم مصلحة في النزاع. وهذا الشرط نصت عليه المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم، ولم تحدد المادة هنا طبيعة المصلحة التي توجب رد الحكم أو عزله، ولكن يمكن تفسير هذا النص على إطلاقه، فالمصلحة قد تكون مادية كأن يكون المحكَّم دائناً لأحد الخصوم أو كفيلاً، أو أن يكون المدين محكماً في نزاع بين دائنه وطرف آخر[٢].

***

---

[١] المرجع السابق، ص١٤٧.

[٢] المرجع السابق، ص١٤٩.

الفصل الأول

الأحكام المتعلقة بالمحكّم

ويتضمن ستة مباحث:

المبحث الأول: طبيعة العلاقة التي تربط المحكّم بالخصوم

المبحث الثاني: التزامات المحكّم

المبحث الثالث: سلطات المحكّم

المبحث الرابع: رد المحكّم

المبحث الخامس: رقابة القضاء على أعمال المحكّم

المبحث السادس: الخلاف حول تقرير مسؤولية المحكّم

الفصل الأول: الأحكام المتعلقة بالمحكَّم ويتضمن المباحث التالية:

المبحث الأول: طبيعة العلاقة التي تربط المحكَّم بالخصوم وتحته المطالب الآتية:

المطلب الأول: طبيعة العلاقة التي تربط المحكَّم بالخصوم في الفقه:

من أجل بيان دقيق لطبيعة العلاقة التي تربط المحكَّم بالخصوم من الناحية الفقهية، ينبغي استحضار مسألة مهمة، ألا وهي كيفية تعيين المحكَّم، ولبيان هذه الكيفية نجد أن هناك طريقتين يتم من خلالهما تعيين المحكَّم أو المحكَّمين، وبيانها كالتالي:

الطريقة الأولى: أن يتم تعيين المحكَّم أو المحكَّمين من قبل أطراف النزاع أنفسهم، وهذا هو الأصل مع الأخذ بعين الاعتبار تحقق الشروط المعتبرة في كل أطراف العملية التحكيمية.

الطريقة الثانية : أن يتم تعيين المحكَّم أو المحكَّمين من قبل الجهة المختصة بنظر النزاع ، وذلك في حالات معينة[1]،

---

[1] وقد نصت المادة العاشرة من نظام التحكيم على هذه الحالات وهي :١ــ حالة عدم تعيين المحكَّم من قبل كلا الخصمين أو من أحدهما، ٢ــ حالة امتناع واحد أو أكثر من المحكَّمين عن العمل، أو عزله لنفسه عنه ، أو قيام مانع يمنعه من ممارسة التحكيم ، أو يتم عزله منه . وعند استظهار موقف الفقه الإسلامي من هذه الحالات : نجد أنه فيما يتعلق بالحالة الأولى: أنها تعتبر من حالات الإجبار على التحكيم وهذا الإجبار سائغ شرعاً، و إجبار النظام للجهة المختصة أو للقاضي بتعيين الحكَم ، هو بمثابة إنابة للقاضي من قبل ولي الأمر في تعيين حكَم في قضية خاصة ، فقد عرف الفقه الإسلامي فيما يتعلق بالاختصاص القضائي تعيين أشخاص في قضايا معينة من قبل الإمام أو نائبه في هذا الخصوص ــ بشرط أن يكون هناك ما يدل على الاستنابة إما بالتصريح أو بدلالة العرف،أما إذا كانت بمجرد تزكية وبيان لصلاحيته للحكم و لم يقم دليل على أن ذلك بمثابة الاستنابة فلا يكون والحالة هذه بمنزلة النائب ــ يقول الماوردي ما نصه :"فصل في قصور الولاية على حكومة معينة ، ويجوز أن تكون ولاية القاضي مقصورة على حكومة معينة بين خصمين فلا يجوز أن ينفذ بينهما إلى غيرهما من الخصوم ، وتكون ولا يته عل النظر بينهما باقية ما كان التشاجر بينهما باقياً ، فإذا بت الحكم بينهما زالت ولايته، وإن تجددت بينهما مشاجرة أخرى لم ينظر بينهما إلا بإذن مستجد"اهـ ، انظر الأحكام السلطانية ، ص١٤٣؛ كما ذكر الفقهاء أيضاً أن من وجب عليه شيء فامتنع من أدائه استوفاه عنه الحاكم . انظر:شرح منتهى الإرادات ، ٨٤/٣. وخالف البعض فقال: أن الإجبار على التحكيم لا يصح لأنه عقد مبني على التراضي كسائر العقود، وانعقاده يتطلب إيجاباً من المحكَّمين وقبولاً من المحكَّم و لم يوجد ما يدل على القبول من قبل الخصم،ويمكن الرد على ذلك أن الإجبار وقع في المرحلة الثانية من مراحل التحكيم وليس في المرحلة الأولى،إذ أن اللجوء إلى التحكيم قد اتفق عليه الطرفان لكن عند التعيين اختلفا فهنا يسوغ للقاضي الإلزام والله أعلم. وأما الحالة الثانية: فموقف الفقه الإسلامي منها أنها تعتبر من مسائل عزل الحكم ، وهذا سائغٌ شرعاً فقد قرر الفقهاء أن الحكَم إذا انعزل بأية طريقة من طرق العزل فإن القاضي يعين غيره ، وذلك أن منزلة الحكَم في حق القاضي ، بمنزلة القاضي المولى في حق الإمام ، فكما أن الإمام في حالة عزل القاضي يعين غيره محله ، فكذلك هنا .والله أعلم

ووفق شروط محددة[1]، فمتى كُنّا أمام تحقق هذه الحالات وتوافر هذه الشروط، فإن الجهة المختصة تُلزَم بتعيين المحكّم، ويكون حكمها الصادر بتعيين الحكَم نهائياً وملزماً ولا يجوز الطعن فيه بالاستئناف لأي سبب كان، وذلك من أجل ضمان حسن سير العدالة، وعدم إشغال القضاة بقضايا عادة ما تكون واضحة[2]، لا يحتاج النظر فيها إلى كثير جهد، وعليه فبعد هذا التمهيد نجد أن طبيعة العلاقة التي تربط المحكّم بالخصوم تختلف باختلاف الطريقة التي يتم بموجبها تعيين المحكّم وبيان ذلك كالتالي:

أولاً: طبيعة علاقة المحكّم بالخصوم في حالة تعيينه من قبل القاضي.

يرى الفقهاء رحمهم الله أنه إذا تم تعيين الحكَم من قبل صاحب سلطة عامة كالإمام أو القاضي فإن المولى هنا لا يكون حكماً وإنما هو قاضٍ عُيِّنَ في قضية عَين فهي تولية للقضاء، ومن النصوص التي وردت في ذلك قولهم: "للإمام أن يأمر رجلاً ممن تجوز شهادته، أن يحكم بين رجلين، ويصير هذا الرجل بمنزلة القاضي المولّى ويجوز حكمه"[3]، وقولهم: "إذا حكّم القاضي رجلا بين خصمين فهو استخلاف له، ويكون المحكّم خليفة للقاضي، وليس ذلك من التحكيم المصطلح عليه"[4] وجاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٨٤٧) ما نصه:

---

[1] وقد نصت المادة العاشرة من النظام على هذه الشروط وهي تتجلى في الآتي: ١ـــ ألا يكون بين الخصوم شرط خاص، وقد يكون المراد بالشرط الخاص هنا هو في اللجوء إلى المحكمة المختصة عند عدم القدرة على تعيين المحكّم، أو يكون المراد هو شرط يحدد كيفية تعيين المحكّم إذا كان الخصوم أمام إحدى الحالات السابقة وهذا هو الأقرب والله أعلم، ٢ـــ طلب من قبل الخصم الذي يهمه التعجيل.

[2] راجع في ذلك : التحكيم في المملكة ، لمحمد البجاد ، ص١٢٧.

[3] البحر الرائق ،لابن نجيم ، ٧/ ٢٥.

[4] تبصرة الحكام ،١/ ٤٥.

"... ولكن إذا حكمه الطرفان وأجازه القاضي المنصوب من قبل السلطان المأذون بنصب النائب يكون بمنزلة نائب هذا القاضي حيث قد استخلفه"[1]، فالفقهاء رحمهم الله يرون أن الحكَم المعين من قبل القاضي هو نائب له ، فتكون له ولاية على الحكَمين ، ولذلك نجد البعض منهم يعرف التحكيم بأنه: "ولاية مستفادة من آحاد الناس"[2] وجاء في حاشية الصاوي على الشرح الصغير: "الحاكم ما كان مقاماً من طرف السلطان، والمحكّم ما كان مقاماً من طرف الأخصام"[3]، كل هذا يشير من بعيد إلى أنّ الشخص المولّى من قبل القاضي لا يعتبر حكماً وإنما هو قاضٍ خاص في القضية المراد الحُكم فيها، وقد يرد هنا اعتراض مفاده: بأن الحكَم يأخذ مالاً من المحكّمين مقابل تحكيمه، والقاضي ليس له أخذ المال من الخصوم مقابل قضائه.

والجواب عن هذا الاعتراض هو: أن القاضي إذا لم يكن له رزق من بيت المال، إما لعدم وجود المال أو لقلته ونحو ذلك، فقد اختلف الفقهاء في جواز أخذه المال من قبل الخصوم ؟ هل يجوز له والحالة هذه أخذ المال من قبل الخصوم مقابل قضائه، أم لا وإليك بيان الحكم في المسألة:

---

[1] درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، لعلي حيدر ، ٤/٧٠٠.

[2] الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ص١٧٠.

[3] بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير ،لأبي العباس الصاوي ، ٤/١٨٧ .

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء ــ رحمهم الله ــ أن القاضي إذا كان غنياً فليس له أخذ المال من الخصوم قالوا: لأن الأخذ مع عدم الحاجة يعد من أكل أموال الناس بالباطل وهذا لا يجوز.[١]

وأما إذا كان محتاجاً، بمعنى ليس له كفاية من ماله، فهل يأخذ من الخصوم أم لا ؟

اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: الجواز مطلقاً وهو قول لبعض الشافعية، والمشهور عند الحنابلة[٢].

قال ابن قدامة ــ رحمه الله ــ [٣]: "فإن لم يكن للقاضي رزق، فقال للخصمين: لا أقضي بينكما حتى تجعلا لي رزقاً عليه. جاز"[٣].

وحجتهم في ذلك:أنه إذا لم يأخذ من الخصمين مع الحاجة، أدى ذلك إلى تعطيل القضاء والفصل بين الناس ولا سبيل إلى التعطيل لما يترتب على ذلك من المفاسد .

القول الثاني: المنع مطلقاً وهو قول جمهور الحنفية، والمالكية ، والشافعية ، وأحد الوجهين عند الحنابلة[٤].

---

[١] المغني، ١٤/٩ ؛ روضة القضاة للسمناني ، ١/ ١٣٣.

[٢] أسنى المطالب ، للأنصاري ، ٤/ ٢٩٦؛ المغني ، ١٤/١٠.

[٣] وهو الإمام موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدام بن نصر المقدسي الجمّاعيليُّ الدمشقي الحنبلي ، ولد بجمّاعيل ، سنة ٥٤١هـ وقدم دمشق مع أهله وتعلم فيها ، ثم رحل إلى بغداد ونهل من علوم علمائها ، ثم عاد إلى دمشق ، برع في علم الفقه والحديث والأصول والخلاف ، وهو من أئمة الحنابلة ، من مؤلفاته: المغني ، والكافي، والروضة ، توفي سنة ٦٢٠هـ ، انظر : ذيل طبقات الحنابلة ، لابن رجب ، ١٣٣/٢ــ١٥٠.

[٣] المغني، ١٤/١٠.

[٤] روضة القضاة ، للسمناني ، ١٣٣/١؛ الشرح الصغير ، للدردير ، ١٩٢/٤؛ نهاية المحتاج ، للرملي ، ٢٤٢/٨؛ الإنصاف، للمرداوي ، مطبوع مع الشرح الكبير والإقناع، ٢٨ /٢٨٢ ، وقال : وهو الصواب.

وحجتهم في ذلك:أن أخذ المال من الخصوم للقضاء بينهم، يورث تهمة في حق القاضي ويؤدي إل الميل في الحكم ، فيمنع ذلك سداً لذريعة أخذ الرشوة على الحكم وما قد يترتب على ذلك من الميل والجور في الأحكام .

القول الثالث: الجواز بشروط معينة ، وهو قول الماوردي[1] من الشافعية[2] قال رحمه الله:"وإن كان يقطعه النظر عن اكتساب المال مع صدق الحاجة جاز له الارتزاق منهم على ثمانية شروط..."[3] والذي يترجح هو الجواز ويمكن حمل قول من قال بالمنع مطلقاً على غير المحتاج، وأما من قال بالجواز بعد توافر الشروط، فيلاحظ في هذه الشروط أنها ضوابط تحكم عمل القاضي وتضبط قضية أخذ المال، من أجل منع تسلط القاضي على أموال الناس.والله أعلم.

وعليه فيجوز للقاضي أخذ المال من قبل الخصوم إذا لم يكن له رزق من بيت المال إذا كان محتاجاً ، وبالتالي فأخذ المحكّم المولّى من قبل الإمام ، المال من قبل الخصوم لا ينفي عنه صفة كونه قاضٍ، أو نائباً للقاضي في خصومة معينة. وبذلك يزول الاعتراض .

---

[1] هو علي بن محمد بن حبيب البصري ، فقيه شافعي، كان إماماً رفيع الشأن ثقة ثبتاً ، تولى منصب القضاء ، من مصنفاته : الحاوي في الفقه ، والأحكام السلطانية ، توفي في بغداد ، سنة ٤٥٠هـ ، انظر : طبقات الشافعية ، لابن السبكي ، ٢٦٧/٥.

[2] الحاوي الكبير ، للماوردي ،٣٦٥/٢٠.

[3] الحاوي الكبير ، ٣٦٥/٢٠.

وجملة القول: أن الفقهاء رحمهم الله يرون أنه إذا وقع تدخل من قبل الإمام أو القاضي في تولية الحكَم فإن ذلك يضفي على الحكَم سلطة لا يكتسبها بمجرد التحكيم، وإنما يكتسبها من قبل الإمام أو القاضي، وعليه فيكون بمثابة نائب للقاضي في فصل الخصومة.

ثانياً: طبيعة علاقة المحكَّم بالخصوم إذا تم تعيينه من قبل الخصوم.

قبل الشروع في تكييف علاقة المحكَّم بالخصوم، أشير إلى قضية مهمة، وهي أن عملية التحكيم في الوقت الحاضر قد اختلفت ـــ إلى حد كبيرـــ عما كانت عليه في السابق، وهذا الاختلاف ليس هو من قبيل اختلاف التضاد، وإنما هو من قبيل اختلاف التنوع، مع الاتفاق في الأحكام والشروط، إلا أنه ومع التطور السريع الذي نلحظه في شتى ميادين الحياة ،العلمية والاقتصادية، والصناعية، والفكرية، نجد أننا ملزمون بمواكبة هذا التطور بما يتوافق وشريعتنا الغراء، ونحن على يقين بأنها صالحة لكل زمان ومكان، مما يدفعنا إلى أن نتصل بالعصر ونرتبط بالأصل، ومما هو معلوم أن عجلة التطور قد عمَّت جميع شؤون الحياة، وعلى رأسها ميدان الاقتصاد، الذي ظهر التطور فيه، في كل ما من شأنه المساعدة في تطوير الحياة الاقتصادية، وأهمها الأنظمة التي تحكم سيره بانتظام واطّراد، ولذلك ونتيجة لتطور المعاملات التجارية وغيرها وتشعبها وتغير بعض المفاهيم، من أجل مواكبة العديد من المفاهيم الحديثة، أصبحت الحاجة ماسة إلى إعادة تنظيم التحكيم بما يتوافق والمتغيرات الحديثة، من أجل تحقيق العديد من المنافع، وأبرزها تخفيف العبء الملقى على كاهل القضاء نتيجة لكثرة القضايا وتشعبها، لذلك ولكل ما سبق فأرى أن عملية التحكيم في الوقت الحاضر أصبحت عملية مركبة ومعقدة، و مع أن

المنظّم قد نظّم خصومة التحكيم في إطار متكامل، في قالب نظام التحكيم إلا أن هناك العديد من الإشكالات مازالت قائمة، كل ذلك يدفعنا إلى محاولة إعادة النظر المرة تلو الأخرى في كل مسألة من مسائل التحكيم، وأهمها مسألة علاقة المحكّم بالخصم، من أجل تحديد مركز المحكّم، وتحديد حقوق والتزامات الأطراف المتبادلة، الأمر الذي سينعكس على حسن سير خصومة التحكيم، وتفعيل النظام من خلال تلافي المعوقات السلبية التي قد تثير شكوكاً حول أطراف العملية التحكيمية، ونحن وإن كنّا أمام هذا التطور الكبير الذي حظي به نظام التحكيم، نجد أننا ملزمون بمحاولة إيجاد تكييف يتناسب وطبيعة عمل المحكّم، ويكون وفق أحكام شريعتنا الغرّاء، وعند تلمس ذلك، نجد أنه لا يخلو الأمر عند تعيين المحكّم من قبل الخصوم من حالتين:

الأولى: أن يكون نظر المحكّم في بعض إجراءات القضية، كالتحكيم في قيم المتلفات، وأروش العيوب، والمحاسبة، ونحو ذلك، والتحكيم في هذا الشأن صحيح معتبر سواء ترافع الخصمان للمحكمة أم لا، وما يقرره الحكَم يصير لازماً ما لم يظهر فيه طعن معتبر، وطبيعة عمل الحكَم هنا تختلف باختلاف العمل الذي يفوَّض فيه ويقوم به، ومن ذلك:

١- إذا جعل الخصمان للمحكّم أن يصلح بينهما، فباشر هذه المهمة وأنهى القضية صلحاً فإن هذا التحكيم يعد توكيلاً في الصلح، لأن العبرة للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني[1].

٢- إذا جعل الخصمان الحكَم خبيراً بينهما يحتكمان إليه في تقدير قيمة المثل، أو مهر المثل،

---

[1] التحكيم في الشريعة الإسلامية ، عبدالله بن سعد آل خنين ، ص١٦، ٢١ .

أو النظر في العيوب ونحوها، مما يكون شهادة فيه بناء على خبرته وتقديره، فإذا قرر الخصمان قبولهما لقوله ورضاهما بما يقرره كان ذلك تحكيماً لازماً لهما ما لم تكن شهادته مستوجبة للرد من وجه آخر وهذا العمل يعد في حقيقته شهادة [1].

الثانية: أن يكون التحكيم في جميع إجراءات القضية، بدءاً من رفع القضية وحتى صدور الحكم فيها وتنفيذه، وفي مثل هذه الحالة تختلف النظرة الفقهية في تكييف العلاقة التي تربط المحكّم بالخصوم، وأبرز هذه التكييفات هي ما يلي:

١- تكييف علاقة المحكّم بالخصوم ، على أنها وكالة بأجر ، فالمحكّم ما كان له أن ينظر القضية لولا اختياره من قبل الخصم، فهو لم يُسمح له إلا بعد إذن الخصم ورضاه، وهذا توكيل لا قضاء، ثم إن الحكَم لا يتعدى نظره الموضوع الذي حكّم فيه ، ولا من حَكّمه وهذا عمل الوكيل.

ويمكن مناقشة هذه التعليلات: بأن هناك فروقاً كثيرة ومؤثرة بين التحكيم والوكالة[2] وأميزها: أن القول بأنه وكالة بأجر، يطعن في أهم صفة من صفات المحكّم وهي الاستقلالية التامة عن موكله، مما يجعلنا نستبعد هذا التكييف تماماً، الأمر الذي يدفعنا إلى محاولة إيجاد تكييف أدق من سابقه، وهو ما يتضح في النقطة التالية:

---

[1] المرجع السابق ، ص٢٢.

[2] تقدم ذكرها في ص٦٤، وتحاشياً للإطالة آثرت عدم ذكرها هنا.

٢- تكييف علاقة المحكَّم بالخصوم ، على أنها عقد إجارة، ويمكن الاستدلال له بما يلي:

أ - أن عمل المحكَّم ومدة العمل محددة[١]، فالمحكَّم يعرض القضية على الحكَم ويحدد ما يطلبه والمحكَّم يجب عليه أن يلتزم بالفصل في القضية خلال المدة التي نص عليها النظام، كما أن الأجر في هذا العقد محدد حيث أنه يتم الاتفاق بين الطرفين على أجر محدد ، كل ذلك يجعلنا نقول أن هذا العقد عقد إجارة. ويمكن مناقشة ذلك: بأنه لا نسلم بأن العمل محدد، لأنه لا يُعلم ما هي دفوع الخصم وما عنده من مستندات، وما مدى تأثيرها على سير القضية، الأمر الذي يجعل من الصعب القول بإمكانية تحديد العمل، كما أننا لا نسلم بأن المدة محددة[٢]، لأنه في الواقع العملي هناك قضايا كثيراً ما يطول أمد الفصل فيها، إما لظهور مستمسكات جديدة أو لكون القضية طويلة ومتشعبة، مما يستبعد القول بإمكانية تحديد العمل أو المدة.

---

[١] من المعلوم أن الجمع بين العمل والمدة غير جائز في عقد الإجارة وهو المعتمد من مذهب الحنابلة ، إلا أن بعض الفقهاء جوز ذلك لأن فيه مصلحة بشرط أن تكون المدة معقولة، انظر: الشرح الممتع على زاد المستقنع، للشيخ محمد ابن عثيمين رحمه الله، ١٠/٧٧. وبناء عليه أتينا بهذا الدليل.

[٢] ذكر المحامي/ماجد قاروب أنه سبق وأن باشر قضية تحكيم كسكرتير للتحكيم ، منذ خمسة عشر عاماً ، وذكر أنها لا تزال منظورة حتى تاريخه، كما ذكر أن هناك قضية تحكيم صدر فيها خلال خمسة عشر عاماً، أكثر من أربعة أحكام تحكيم وأحكام طعن على أحكام التحكيم من الدائرة التجارية ودائرة التدقيق، ولم يوافق عليها الشركاء المتضررون إلا أخيراً وعلى مضض، بسبب وفاة معظمهم وعدم رغبة الآخرين في ترك القضية لورثتهم. انظر: تطبيقات التحكيم في المملكة العربية السعودية ، ورقة عمل مقدمة إلى ملتقى التحكيم السعودي الأول من منظور إسلامي ودولي ، والذي أقيم في جدة، ص٥، تقديم : ماجد قاروب .

ب – أن بعض الفقهاء قد عبر عن المال الذي يأخذه الحكَم (بالأجرة) مما يؤكد أن العقد هو عقد إجارة ومن ذلك قول الإمام ابن القيم[١] ــ رحمه الله ــ نقلاً عن ابن عقيل[٢]، في معرض كلامه عن الأموال التي يأخذها القضاة، قال: "وأما الأجرة، فإن كان للحاكم رزق من الإمام من بيت المال حرُم عليه أخذ الأجرة قولاً واحداً، لأنه إنما أُجري له الرزق لأجل الاشتغال بالحُكم فلا وجه لأخذ الأجرة من جهة الخصوم، وإن كان الحاكم لا رزق له فعلى وجهين: أحدهما: الإباحة لأنه عمل مباح، فهو كما لو حكّماه، ولأنه مع عدم الرزق لا يتعين عليه الحُكم فلا يمنع من أخذ الأُجرة..."[٣] فكلام ابن عقيل رحمه الله، دل على أنه يجوز للمحكّم أخذ المال من قبل الخصوم، وأن ما يأخذه هو أجرة، قياساً على القاضي، فكما أن القاضي يحق له أخذ الأجرة فكذلك المحكّم.

والرد على هذا الاستدلال من ناحيتين:

الأولى: إن أخذ القاضي للمال لا يخلو: إما أن يأخُذه من قبل الإمام ، أو من قبل الخصوم، فإن كان القاضي يأخذ المال من قبل الإمام، فإننا لا نُسلّم أن كلام ابن القيم ــ رحمه الله ــ فيه نصٌّ على أن المال الذي يأخذه القاضي من بيت المال هو أُجرة، ومع التسليم بذلك، فإننا نقول: إن هذا المال عده بعض العلماء، رزق و لم يعده أُجرة، وفرق بين الرزق والأُجرة، في

---

[١] هو: أبو عبدالله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي المشهور بابن قيم الجوزية، من أئمة الحنابلة، برع في الفقه والحديث والتفسير وشتى العلوم، وقد لا زم شيخ الاسلام ابن تيمية مدة طويلة، ومن أهم مصنفاته: إعلام الموقعين، زاد المعاد، توفي سنة ٧٥١ هـ ، انظر ذيل طبقات الحنابلة: ٤٤٧/٢ .

[٢] وهو: أبو الوفاء علي بن عقيل بن محمد بن عقيل البغدادي ، قارئ فقيه أصولي ، كان شهماً شجاعاً ذكياً ، من مؤلفاته:عمدة الأدلة ، والواضح في أصول الفقه ، توفي سنة ٥١٣هـ ، انظر : ذيل طبقات الحنابلة ، ١٤٢/١.

[٣] بدائع الفوائد ، لابن القيم ، ١٤٤/٣.

الصورة والحكْم، يقول القرافي[1]: " (الفرقُ الخَامِسَ عشر والمائة بين قاعدةِ الأرزاق وبين قاعدة الإجارات) كلاهما بذل مالٍ بإزَاءِ المنافعِ من الغير غير أنّ باب الأرزاق أَدْخَلُ في بابِ الإحسان وأبعدُ عن باب المعَاوضةِ وبابُ الإجارة أبعدُ من باب المسامحة وَأَدْخَلُ في بابِ المكايَسَةِ ويظهرُ تحقيقُ ذلك بستٍّ مسائل: المسألةُ الأُولى القضاةُ يجوزُ أن يكون لهم أرزاقٌ من بيت المال على القضاءِ إجماعًا ولا يجوز أن يُستَأجَرُوا على القضاء إجماعًا بسبب أنّ الأرزاق إعَانةٌ من الإمام لهم على القيام بالمصالح لا أنّهُ عوضٌ وجبَ عليهم من تنفيذِ الأحكامِ عند قيام الحجاجِ ونُهُوضِهَا ولو اُستُؤجِرُوا على ذلك لدَخلت التُّهمةُ في الحكمِ بِمُعَاوضةِ صاحب العوضِ ولذلك تجوز الوكالة بعوضٍ ويكون الوكيل عاضدًا وناصرًا لمن بذل له العوض ويجوز في الأرزاق التي تطلقُ للقاضي الدفعُ والقطعُ والتقليلُ والتكثيرُ والتغييرُ ولو كان إجارةً لوجب تسليمهُ بعينه من غيرِ زيادة ولا نقص لأنّ الإجارةَ عقدٌ والوفاءُ بالعقودِ واجب والأرزَاقُ معروف وصرف بحسبِ المصلحة وقد تعرض مصلحة أعظمُ من مصلحة القضاء فيتعينُ على الإمام الصَّرفُ فيها والأُجرةُ في الإجاراتِ تورث ويستحقُّهَا الوارثُ ويُطالبُ بِها والأرزَاقُ لا يستحقُّهَا الوارثُ ولا يطالبُ بِها لأنّها معروفٌ غير لازمٍ لجهةٍ معينة " اهـ[2] وعدَّهُ بعضُ العُلماء كالماوردي[3]، بأنه جعلٌ لا أُجرة ، إذ يقول في ذلك: "ما يأخذه القاضي من رزق من بيت المال هو جعالة لا أجرة، لأن الأجرة مستحقة بعقد لا زم، والجعالة مستحقة بعقد جائز،

---

[1] هو:أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن، أبو العباس شهاب الدين القرافي الصنهاجي، فقيه أصولي مالكي، انتهت إليه رئاسة الفقه المالكي من مولفاته: الذخيرة، والفروق، توفي سنة٦٨٤هـ انظر الديباج المذهب، ٢٢٦/١ــ ٢٣٩.

[2] أنوار البروق في أنواع الفروق ، للقرافي ، ٥/٣.

[3] تقدمت ترجمته ، انظر ص٨٣.

والقضاء من العقود الجائزة دون اللازمة "[1]، فإن قيل: بأن القاضي يأخذ المال على أنه مُستأجرٌ من قبل الإمام للقيام بالقضاء، فالجواب: أن الاستئجار على القضاء لا يجوز وهو قول جماهير أهل العلم، وهو الراجح، وذلك لما روي عن عمر ﷺ أنه قال: "لا ينبغي لقاضي المسلمين أن يأخذ أجراً ولا صاحب مغنمهم"[2]، ولأن القضاء عمل غير معلوم، ويتعذر ضبطه ، فلا يجوز الاستئجار عليه للجهالة[3]، وأما القول بجواز الاستئجار فهو قول مرجوح[4]. و أما إن كان القاضي يأخذ المال من قبل الخصوم فقد تقدم الكلام عن هذه المسألة[5] وقد رجحنا الجواز بشرط عدم الغنى، وكونه محتاجاً لذلك.

الثانية: أنه لو سلمنا بأن العقد عقد إجارة، فإن عقد الإجارة عقد لازم، والتحكيم من العقود الجائزة، فإذا قلنا بأن الحكَم يأخذ الأُجرة ويلتزم بأحكام الإجارة، انقلب التحكيم إلى عقد إجارة وبالتالي أصبح عقداً لازماً، وهذا يتناقض مع طبيعة التحكيم، إذ يحق لأي طرف فسخ العقد قبل الشروع في الفصل، ولا يتوافق ذلك مع أحكام الإجارة، ثم إنَّ ثمرة التحكيم

---

[1] أدب القاضي ، للماوردي ، ٢/٢٩٧.

[1] أدب القاضي ، للماوردي ، ٢/٢٩٧.

[2] أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ،برقم (١٨٤٥) ، كتاب البيوع والأقضية ن باب في القاضي يأخذ الرزق ٦/٥٠٥ ، وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه ،برقم(١٥٢٨) ، كتاب البيوع ، باب هل يؤخذ على القضاء رزق ، ٨/٢٩٧.

[3] انظر هذه المسألة في : المبسوط، ١٦/١٠٢؛ الذخيرة ، للقرافي ، ١٠/ ٧٩ ؛ مغني المحتاج،٤/٣٩٨؛ المغني ، لابن قدامة، ١٤/١٠.

[4] قال به بعض الشافعية، غير أن النووي جزم بأن المذهب عند الشافعية عدم الجواز، انظر: روضة الطالبين، للنووي، ١١/١٣٧.

[5] انظرها على صفحة ، ص٨٢.

صدور الحُكم، وهذا قد يتحقق وقد لا يتحقق، والاحتمال لا يتناسب مع أخذ الأُجرة، لأن الإِجارة عقد بلا غرر على منفعة معلومة مقدور على تسليمها[1].

٣- تكييف علاقة المحكَّم بالخصوم على أنها عقد جعالة وذلك لما يلي:

١- أن عقد الجعالة يتناسب مع طبيعة التحكيم، فلا يمكن تحديد طبيعة العمل والمدة في التحكيم ـــ كما أسلفنا[2]، وهذا يتناسب مع طبيعة عقد الجعالة إذ تصح، مع الجهالة بالعمل والمدة، فلا يشترط فيها العلم بالعمل ولا المدة، بل أنه يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل بخلاف عقد الإجارة[3] فهي عقد جائز، وكل هذه الأحكام المتحققة في عقد الجعالة تتناسب وطبيعة عقد التحكيم، كما أنهما متوافقان من حيث عدم اللزوم، الأمر الذي يجعل النفس تميل إلى القول بأنه عقد جعالة.

٢-أنه ورد في كلام بعض الفقهاء ما يؤيد ذلك، يقول الرحيباني[4]: "فإن لم يُجعل له ـــ أي القاضي ـــ شيء من بيت المال، وليس له ما يكفيه وعياله، وقال للخصمين: لا أقضي بينكما إلا بجعل جاز له أخذ الجعل لا الأجرة، قال عمر: لا ينبغي لقاضي المسلمين أن يأخذ على القضاء أجرة، لأنه قربة يختص فاعله أن يكون من أهل القربة أشبه الصلاة، قلت: والمحكَّم

---

[1] حاشية الروض المربع بشرح زاد المستقنع ، للشيخ عبدالرحمن بن محمد بن قاسم ، ٢٩٣/٥.

[2] انظر ذلك على صفحة : ٨٧.

[3] حاشية الروض المربع ، مرجع سابق ، ٤٩٥/٥.

[4] هو: مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة ، الرحيباني مولداً ، مفتي الحنابلة بدمشق ، انتهت إليه رئاسة الفقه ، من مؤلفاته:مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، توفي سنة : ١٢٤٣هـــ ، انظر النعت الأكمل لأصحاب الإمام أحمد بن حنبل، للغزي ، ص٣٥٢.

مثله، إذ لا فرق بينهما وعُلم منه أنه إن كان له ما يكفيه فليس له أن يأخذ الجعل"[1] فنصَّ رحمه الله على أن للمحكَّم أخذ المال من الخصوم على أنها جُعل لا أنها أُجرة.

اعتراض: قد يرد اعتراض مفاده: أن تكييف علاقة المحكَّم بالخصوم على أنها عقد جعالة يورد إشكالاً وهو أن عقد الجعالة من العقود الجائزة التي تقبل الفسخ بدون رضا أحد الطرفين إلا أن ذلك ـــ أي الفسخ بدون رضا الطرف الآخرـــ لا يمكن تحققه في عقد التحكيم حيث ذكر الفقهاء أن المحكَّم إذا شرع في نظر القضية فليس للخصم عزله، فكيف نوفق بين لزوم العقد بعد شروع الحكَم في نظر القضية، وبين جواز عقد الجعالة. وللجواب على ذلك نقول: أن التفاسخ في العقود الجائزة ليس على إطلاقه، فالفقهاء رحمهم الله قد وضعوا ضوابط، من أجل منع الإضرار بالآخرين، يقول ابن رجب[2]رحمه الله: "التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين أو غيرهما ـــ ممن له تعلق بالعقد ـــ لم يجز ، ولم ينفذ ، إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمانٍ أو نحوه، فيجوز على ذلك الوجه"[3]، فجميع المباحات من عقود وأفعال إذا تضمنت ضرراً على الآخرين صارت ممنوعة[4]، فإذا وقع الفسخ من الخصم بعد شروع الحكَم في نظر القضية، فللمحكَّم أُجرة عمله، لأنه عمله بعوض لم يسلم له[5].

---

[1] مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، للرحيباني ، ٤٦٠/٦

[2] هو: عبدالرحمن بن أحمد بن رجب، زين الدين أبو الفرج الحنبلي، نزيل دمشق، فقيه، أصولي، محدث، حافظ، كان منقطعاً للعلم، لا ينشغل بغيره، من مؤلفاته: القواعد، جامع العلوم والحكم، توفي سنة ٧٩٥هـــ، انظر: الأعلام، ٦٧/٤.

[3] القواعد ، لابن رجب ، ص١١٠

[4] الشرح الممتع ، للشيخ ابن عثيمين ، ٣٥٠/١٠ .

[5] حاشية الروض المربع ، مرجع سابق ، ٤٩٨/٥ .

التكييف الراجح: الذي يظهر لي ــ والله أعلم ــ أن علاقة المحكَّم بالخصوم يحكمها عقد الجعالة، وذلك لأن عمل المحكَّم فيه جهالة، وهي تصح مع الجهالة بالعمل، ولا يلزم تحديد مدة معلومة له، والجهالة واللزوم متنافيان لا يجتمعان[1]، كما أن العقد المطلق غير المحدد بوقت لا يكون لازماً[2]، وعليه فأقرب هذه التكييفات لطبيعة علاقة المحكَّم بالخصوم هو عقد الجعالة، لكن مع ذلك نقول أنه إذا تحققت في العقد شروط الإجارة، صار العقد عقد إجارة لأن العبرة للمقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني. وبناء على تكييفنا العلاقة بأنها عقد جعالة ينبغي على طرفي العقد مراعاة التالي:

١- تحديد الجعل قبل الشروع في التحكيم، من أجل سد باب التراع في المستقبل.

٢- لا يلزم دفع الجعل إلا بعد الانتهاء من العمل، فإذا لم يتمَّ المحكَّم عمله فلا يستحق من الجُعل شيئاً ، لأنه لم يتحقق الغرض من التحكيم.

٣- إذا وقع الفسخ من قبل الخصم، قبل شروع الحكَم في النظر، فإن المحكَّم بناء على هذا التكييف لا يستحق شيئاً، لكن إذا لحق المحكَّم ضرر، ولو كان ضرراً أدبياً، كأن يخشى على سمعته مثلاً فهل يستحق شيئاً؟ بناءاً على تكييفنا أنه عقد جعالة، فإنه لا يستحق شيئاً، لكن قد يتوجه القول بأن الخصم يلزمه أرش تفويت فرصة العمل على المحكَّم، لأنه إذا لحق العامل في عقد الجعالة ضرر، فبعض الفقهاء ذكر أنه قد يتوجه القول بأن نلزم الجاعل دفع أرش تفويت

---

[1] الفروق ، للقرافي ، ١٣/٤.

[2] مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ١١٥/٣٠

العمل على العامل[1].، وأما إذا وقع الفسخ بعد الشروع في نظر القضية، فإن على الخصم دفع أجرة عمله، بقدر ما أنجز من العمل. كل ذلك إذا كان محل النزاع مالاً، لكن إذا كان محل النزاع ليس بمال، كالتحكيم في الشقاق الزوجي، فما تكييف علاقة المحكِّم بالخصوم ؟ هذا ما سأتحدث عنه في المسألة التالية:

مسألة: تكييف علاقة المحكَّم بالخصوم عند التحكيم بين الزوجين[2]؟ اختلفت آراء الفقهاء – رحمهم الله – في تكييف علاقة المحكَّم بالخصوم على ثلاثة أقوال:

التكييف الأول: أن المبعوثين في الشقاق الزوجي، حاكمان يقضيان بين الزوجين، سواء كان ذلك بعوض أم بدون عوض، وسواء تم التوكيل من قبل الزوجين ،أو كان هناك ما يدل على الرضا ببعثهما، أو بحكمهما، وهو قول أكثر المالكية، وقول الشافعية، ورواية عند الحنابلة[3] وعلى هذا قول أكثر أهل العلم، كما ذكره ابن تيمية رحمه الله[4]، ومستندهم في ذلك: قوله تعالى:﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾[5] ووجه الدلالة من هذه الآية: أن الله عز وجل سماهما حكمين، ونصبهما للحكم بين الزوجين، ومكنهما منه، وللحكم في الشريعة اسم ومعنى، وللوكيل في الشريعة اسم ومعنى، والخطاب الوارد بالأحكام وتنفيذها ينصرف إلى الحكام والأئمة دون أهل الخصومات[6].

---

[1] الشرح الممتع ، مرجع سابق، ١٠/٣٥٣.

[2] آثرت تأخير الحديث عن هذه المسألة ، لكون الفقهاء رحمهم الله اختلفوا في من هو المخاطب الذي يقوم ببعث الحكمين، وإيثاراً للاختصار سوف أسوق المسألة بناء على أن المخاطب هو جميع ما ذكره الفقهاء، إذ لا تأثير في تحديد قول معين، على ما سوف أتحدث عنه .

[3] المنتقى، ٤/١١٤؛ مغني المحتاج، ٣/٢٦١؛ شرح الزركشي ، ٥/٣٥٢؛ وانظر التحكيم في الشريعة الإسلامية ، عبدالله بن سعد آل خنين ص١٩١.

[4] مجموع الفتاوى، لابن تيمية ، ٣٥/٣٦٨؛ التحكيم في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق ، ص١٩٢.

[5] سورة النساء ، الآية: ٣٥.

[6] الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، ٥/١٧٦.

التكييف الثاني: أن المبعوثين وكيلان عن الزوجين، فلا يجوز بعثهما إلا برضاهما وموافقتهما وليس لهما التفريق إلا برضاهما وتوكيلهما، فيوكل كل من الزوجين حكمه، ويفعل الحكمان الأصلح من صلح أو تفريق إن رأياه صواباً، وهو قول الحنفية، وبعض المالكية، وقول للشافعية، ورواية عند الحنابلة هي الصحيح من المذهب[1]، ومستندهم في ذلك: استدلوا بنفس الآية السابقة، إلا أنهم قالوا في توجيهها: أن الله عز وجل أمر بأن يكون أحد المبعوثين من أهل الزوجة، والآخر من أهل الزوج، فالذي من أهله وكيل عنه والذي من أهلها وكيل عنها، فكأنه قال: فابعثوا رجلاً من قبله ورجلاً من قبلها، وتسميتهما حكمين لا يعارض كونهما وكيلين، لأن الأصل قبول قولهما على الزوجين ونفاذه عليهما بموجب توكيلهما، فكان لزوم قول الحكمين للزوجين بمثابة الحكم، فسُمِّيا حكمين من هذا الوجه، وحقيقتهما وكيلان، وقالوا أيضاً: أنه ورد في الآية قوله: ﴿إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآ﴾ فلم يجعل الله للحكمين سوى الإصلاح وهذا يقتضي أن ما وراء الإصلاح غير مفوض إليهما إلا أن يجعل إليهما، وهذا هو حقيقة التوكيل، فلا يتصرف إلا فيما يجعل إليه من موكله[2].

التكييف الثالث: أن المبعوثين رسولان وشاهدان، يرسلهما الحاكم ليصلحا بين الزوجين، وليعرفا حالهما: من الظالم منهما والمظلوم، ويخبر الحاكم بما اطلعا عليه، ويشهدا بما ظهر لهما،

---

[1] أحكام القرآن، للجصاص، ١٩١/٢؛ شرح الزرقاني، ٦٢/٤؛ مغني المحتاج ٣٦٢/٣؛ شرح الزركشي ، ٣٥٢/٥؛ وانظر: التحكيم في الشريعة الإسلامية ، عبدالله بن سعد ابن خنين ، ص١٩٤.

[2] أحكام القرآن، للجصاص، ١٩١/٢؛ تفسير الرازي، ٩٣/١٠. ؛ ابن خنين، مرجع سابق، ص١٩٥.

وليس لهما أن يفرقا بين الزوجين، وهو قول: بعض المالكية، وابن تيمية، وابن حزم[1] وهو قول آخرين من أهل العلم[2]. ومستندهم: أن الإصلاح الوارد في قوله تعالى: ﴿إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا﴾ هو قطع الشر بين الزوجين، وقد رده الله ــ عز وجل إلى اختيار الزوجين ، ولا يعرف في اللغة ولا في الشريعة أن من الإصلاح بين الزوجين تطليق الزوجة على زوجها، وليس في الآية ولا في شيء من السنن أن للحكمين أن يفرّقا، وهذا شأن الشاهد[3].

التكييف الرابع: أن المبعوثين إن وكلهما الزوجان فهما وكيلان، وينفذ تصرفهما فيما وكلا فيه، مجتمعين أو منفردين حسب التوكيل، وإن لم يوكلهما الزوجان فهما شاهدان. يقول الجصاص[4]: "فإذا جعل كل واحد منهما إلى الحكم الذي من قبله ما له من التفريق والخلع، كانا مع ما ذكرنا من أمرهما وكيلين جائز لهما أن يخلعا إن رأيا وأن يجمعا إن رأيا ذلك صلاحا، فهما في حال شاهدان، وفي حال مصلحان وفي حال آمران بمعروف وناهيان عن منكر ووكيلان في حال إذا فوض إليهما الجمع والتفريق. وأما قول من قال إنهما يفرقان

[1] هو : أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب الفارسي الأصل، ثم الأندلسي القرطبي، فقيه حافظ أديب متكلم ، ظاهري المذهب من مؤلفاته : المحلى ، توفي :سنة ٤٥٦هـ ، انظر : سير أعلام النبلاء ، ١٨/١٨٤.

[2] المحلى ،١٠/٨٧؛ الاختيارات ، ص٢٥٠؛ الجامع لأحكام القرآن ، للقرطبي ،٥/١٧٦؛ وانظر : ابن ختين ، مرجع سابق ، ١٩٦.

[3] المراجع السابقة .

[4] هو: أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، من أهل الرأي، وانتهت إليه رئاسة الحنفية، سكن بغداد ومات بها، من مؤلفاته: أحكام القرآن، توفي سنة: ٣٧٠ هـ ؛ انظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية، للكنوي الهندي، ص٢٧.

ويخلعان من غير توكيل من الزوجين، فهو تعسف خارج عن حكم الكتاب والسنة، والله أعلم بالصواب"[1].

والذي يظهر ــ والله أعلم ــ أن الحكمين في الشقاق الزوجي، رسولان وشاهدان، مرسلان من قبل القاضي إلى الزوجين عند حدوث ا لنزاع ــ ولو بدون رضاهما ــ من أجل محاولة الإصلاح بينهما، من خلال البحث عن أسباب الشقاق وإزالتها، فإن أمكن الإصلاح فهذا هو المأمول، وإن تعذر الإصلاح من قبلهما أتى الحكمان إلى القاضي وأخبراه بما اطلعا عليه من حالهما مما خلصا إليه بعد النظر والكشف، وشهدا بما ظهر لهما من ذلك، وأفاداه بما يريانه من جمع أو فرقة ، فشهادتهما من قبيل شهادة أهل الخبرة تبنى على غلبة الظن، وغلبة الظن معمول بها في الشرع[2]، فما يقرره الحكمان يجب على القاضي الأخذ به ما لم يستوجب الرد بطعن شرعي. والله أعلم، وقد يرد اعتراض على هذا التكييف مفاده: أنه إذا قلنا بأن المحكَّم في الشقاق الزوجي يعتبر شاهداً، فالشاهد لا يحق له أخذ المال، والمحكَّم في الشقاق الزوجي قد يحصل على المال فيكون القياس هنا قياساً مع الفارق؟ ويمكن الرد على هذا الاعتراض بأن ما يؤخذ من مال على الشهادة تحملاً وأداءً لا يخلو من ثلاث حالات: الأولى: إما أن يكون نفقة، كنفقة سكن وركوب ونحو ذلك. فقد اتفق الفقهاء ــ رحمهم الله ــ على جواز أخذ النفقة وأجرة الركوب، مدة ذهابه وإيابه إذا كان محتاجاً، مستدلين على ذلك بآية من كتاب

---

[1] أحكام القرآن، للجصاص ، ٢/٢٧٠.

[2] التحكيم في الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص١٩٩.

الله وهي قوله تعالى: ﴿وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾[1] ووجه الدلالة: أن الله نهى عن الإضرار بالشاهد وتكليفه، وليس عنده نفقة ولا دابة وعليه فإنه يكون مستحقاً للنفقة[2]، الثانية: أن يكون ما يأخذه رزقاً وهذه جمهور الفقهاء على جوازها، ومستندهم في ذلك: أن تحمل الشهادة وأدائها من المصالح العامة فيجوز أخذ الرزق عليها من بيت المال[3]. الثالثة: أن يكون ما يأخذه الشاهد هو أجرة من المشهود لهم، وهذه اختلف الفقهاء فيها والذي يترجح جواز أخذ الأجرة عند الحاجة، ولو تعينت عليه، وهو قول عند الحنابلة وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله، ومستند ذلك: أن النفقة على العيال فرض عين وأداء الشهادة فرض عين، ولا يمكن تأدية هذه الفروض إلا بأجرة، وينوي المحتاج عملها لله، ويأخذ الأجرة ليستعين بها على تأدية هذه الفروض، بخلاف الغني فليس له حاجة تدعوه إلى الكسب وأخذ الأجرة على شهادته، فلا حاجة تدعوه أن يؤدي شهادته لغير وجه الله[4]. والله أعلم.

المطلب الثاني: طبيعة العلاقة التي تربط المحكَّم بالخصوم في النظام:

إن تكييف طبيعة علاقة المحكَّم بالخصوم من الناحية النظامية (قانونية) يعتمد بشكل أساس

---

[1] سورة البقرة ، الآية : ٢٨٢.

[2] البحر الرائق ، ٥٨/٧؛ الشرح الكبير للدردير، ١٩٩/٤؛ روضة الطالبين ، للنووي ، ٢٧٥/١١؛ المغني ، لابن قدامة،١٣٧/١٤.

[3] الجامع لأحكام القرآن ، للقرطبي، ٣٩٨/٣؛ روضة الطالبين ، للنووي ،٢٧٥/١١؛ مطالب أولي النهى ، للرحيباني، ٦٤١/٣.

[4] الاختيارات ، للبعلي ، ص٣٥٤؛ مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ، ٢٠٦/٣٠ .

على طبيعة التحكيم برمته، وقد ثار الخلاف حول طبيعة التحكيم، وسبب هذا الخلاف هو كون التحكيم تعاقدي النشأة، قضائي الوظيفة والنتيجة، وقد تقدمت الإشارة إلى ذكر الخلاف حول طبيعة التحكيم من الناحية القانونية[1]، و رجحنا بأن التحكيم ذو طبيعة مستقلة وخاصة وهو رأي أغلب الشراح، وما أخذ به أكثر القوانين الذي نظم التحكيم، وذلك لأن اتفاق التحكيم وحكم المحكّم يكونان كلاً واحداً، لا يمكن الفصل بينهما، فهما كالهرم قاعدته اتفاق التحكيم، وقمّتهُ حُكم المحكّم، الذي لا يعدو أن يكون مجرد عنصر تبعي في العملية التحكيمية، على الرغم من أنه الهدف من ورائها[2]، وعليه فإن مركز الثقل في نظام التحكيم بكل تركيباته المعقدة هو اتفاق أطراف الخصومة، كما أن مصدر قرارات التحكيم هو اتفاق طرفي النزاع، بالإضافة إلى أن منبع وظيفة المحكّم هو العقد المبرم بين المحكّم وأطراف الخصومة فالعرض المقدم من الخصوم للمحكّم من أجل القيام بالعملية التحكيمية يعد إيجاباً من قبل الخصوم، وإذا قابل هذا الإيجاب قبولاً من المحكّم لقبول المهمة، انعقد العقد، فنجد أن هناك عقداً يتميز بأن موضوعه متعلق بخدمة يقدمها المحكّم إلى الخصوم قوامها الفصل في النزاع القائم، ومن هنا تظهر الحاجة إلى تبيان الطبيعة القانونية لعقد التحكيم المبرم بين المحكّم والخصوم، لما سوف يترتب عليه من نتائج فيما يتعلق بتحديد حقوق والتزامات الأطراف المتبادلة، وفيما يتعلق بتحديد الحماية والضمانات والامتيازات والمسؤوليات، وهل سوف يتمتع بها المحكّم أم ليس له ذلك. وفي مؤشر على صعوبة تبيان طبيعة العلاقة القانونية بين

---

[1] انظر ذلك على صفحة : ٤٦ من هذا البحث .

[2] النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية ، محمود هاشم ، ١/١١١.

المحكَّم والخصوم، نظراً لكون العملية التحكيمية عملية مركبة ومعقدة، برز خلاف بين الشراح حول مكانة عقد التحكيم، قبل تحديد طبيعته؟، فذهب بعض الشراح إلى أن عقد التحكيم هو عقد إجرائي عام، تأسيساً على أنه يؤثر تأثيراً مباشراً في وجود خصومة التحكيم من خلال منعه لقضاء الدولة من نظر المنازعة التي أُتفِق على التحكيم بشأنها، ويمنح المحكَّم سلطة قضائية[1]، في حين انتقد أغلب الشراح هذا الاتجاه، إذ يرون أن عقد التحكيم من عقود القانون الخاص تنطبق عليه القواعد العامة في القانون المدني، وبالتالي لا يخضع للشروط والقواعد العامة في القانون الإجرائي، كما لا يخضع لنظرية بطلان الأعمال الإجرائية، والدليل على صحة ذلك أن اتفاق التحكيم يُعقد قبل بدء الخصومة ومن ثم فلا يمكن أن يكون من عناصرها المكونة لها وبالتالي فهو لا يأخذ طبيعة أعمال الخصومة الإجرائية[2]، ومع كون أصحاب هذا الاتجاه اتفقوا على إخراج عقد التحكيم من بوتقة القانون الإجرائي، وإدراجه ضمن عقود القانون الخاص، إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم من جديد حول مدى خضوع عقد التحكيم لأحكام القانون المدني، ففي الوقت الذي يرى فيه جمع من الشراح خضوع عقد التحكيم لأحكام القانون المدني، يخالف آخرون هذا الرأي، إذ يرون أن قوانين التحكيم الوضعية قد عالجت هذا العقد ووضعت الكثير من الأحكام الخاصة بالمسائل التفصيلية التي تثيرها في الواقع العملي وبالتالي فإن هذه الأحكام هي التي يجب أن تطبق نظراً لوجود القانون الخاص، ولأن القانون المدني يجهل هذا العقد وطبيعته الخاصة، بينما تُطبّق أحكام القانون

---

[1] النظرية العامة للتحكيم ، محمود هاشم ، ص٨٩.

[2] قانون التحكيم الكويتي ، د/عزمي عبد الفتاح ، ص٩٣.

المدني، على المسائل التي لم يتناولها قانون التحكيم، باعتبارها الشريعة العامة في نظرية العقود[1]، ومع هذا التوجه الذي حاول فيه الشراح تنظيم مسائل التحكيم ومنها مسألة علاقة المحكّم بالخصوم، بجعل علاقة المحكّم بالخصوم يسري عليها نظام التحكيم، وكذلك القانون المدني بشأن ما لم يرد حكمه في نظام التحكيم، فإن التساؤل يثور من جديد : ما هو التكييف القانوني لهذا العقد؟ ومن جديد اختلف الشراح في الإجابة على هذا التساؤل على النحو التالي:

١- **تكييف علاقة المحكّم بالخصوم على أنها عقد وكالة.** الوكالة هي: "عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بالقيام بعمل قانوني لحساب الموكل"[2]، ومن خلال هذا التعريف يقترب عقد التحكيم من عقد الوكالة، ووجه التقارب هو: أن كلاً من المحكّم والوكيل يقوم بتصرف قانوني فضلاً عن تغليب الاعتبار الشخصي على مهمة كل منهما[3] وقد تعرض هذا التكييف لانتقادات كثيرة أهمها:

١- أن المحكّم يستمد سلطته من الإرادة المشتركة للخصوم وليس من طرف بعينه وذلك خلافاً للوكيل الذي يستمد سلطته من الموكل.

---

(١) انظر في ذلك ، المحكّمون دراسة تحليلية لإعداد المحكّم ، د/أبوالعلا علي النمر، وأحمد قسمت الجداوي،ص٨١ــ٨٢

(٢) المادة ٦٩٩ من التقنين المدني المصري، وقد سار كثير من القوانين المدنية على هذا التعريف، انظر المادة ٦٩٨ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٩٢٧ من القانون العراقي .

(٣) راجع، قانون التحكيم الكويتي ، مرجع سابق، ص١٨٤، عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم، مجلة الحقوق، مرجع سابق، ص١٩٨.

٢ - يستقل المحكّم في عمله عن الخصوم على نحو ينفي فكرة الوكالة ، فالوكالة تقوم على التزام الوكيل بعمل قانوني لحساب موكله والخضوع لتعليماته وأوامره وتقوم بينهم علاقة تبعية لا يتمتع فيها الوكيل بأي استقلال، في حين أن المحكّم بمجرد قبوله مهمة التحكيم يصبح مثل القاضي يباشر مهامه مستقلاً عن الأطراف.

٣- الوكيل يعمل لحساب موكله، وبالتالي فإن قبلته التي يتوجه إليها دائماً هي مراعاة مصلحة الموكل في إطار التعليمات الصادرة إليه، ولذلك فإن الوكيل لا يملك مخالفة تعليمات موكله أو العمل ضد إرادته ومصلحته، في حين أن المحكّم يباشر عمله مراعياً في ذلك مبدأ المساواة بين الطرفين مبتغياً تحقيق العدالة ومن ثم فإن الحكم الصادر منه قد يكون في غير صالح من اختاره بل قد يضر به، كما أن الوكيل لا يملك من السلطات أكثر مما يملك الأصيل، في حين أن المحكّم رغم أنه يتلقى أتعاباً من الخصوم إلا أنه يتمتع بسلطة لها طابع قضائي لا يتمتع بها الموكل ويملك إصدار حكما يمكن تنفيذه جبراً ضد من اختاره، وذلك استناداً للقانون الذي يزود المحكّم بسلطة تسمح بتنفيذ حكم التحكيم قسراً على غرار الأحكام القضائية.

٤- ليس لأطراف الخصومة في العملية التحكيمية عزل المحكّم ، وإنما يلزم إجماع الخصوم على العزل[1]، في حين أنه للموكل في عقد الوكالة عزل الوكيل في أي وقت كان، ثم إنه لا يجوز للخصوم التنصل من حكم المحكّم ولو تجاوز المحكّم حدود صلاحياته بحسبان أن المنظم قد حدد سبل الطعن بالحكم في أحوال وردت على سبيل الحصر، في حين أن الوكالة يملك

---

[1] نصت على ذلك المادة: الحادية عشر من نظام التحكيم السعودي .

الموكل التنصل من عمل الوكيل إذا تجاوز الوكيل حدود وكالته. وفي الواقع فإن الطبيعة القانونية لمهمة المحكّم تمنعه من أن يكون وكيلاً ومحكماً في ذات الوقت ، إذ أن علاقة الوكالة وما تقتضيه من وجود رابطة تبعية بين الطرفين تحول دون قبول الوكيل كمحكّم عند وقوع النزاع حتى ولو توافرت فيه ضمانات النزاهة[1]، ومن ثم يغدو تكييف عقد التحكيم على أنه عقد وكالة غير منضبط ، ويتمرد عقد التحكيم على عقد الوكالة إذ من الصعوبة إدراجه ضمن نطاقه ؟ مما دفع البعض إلى محاولة إيجاد تكييف آخر.

٢- **تكييف علاقة المحكّم بالخصوم على أنها عقد مقاولة** . يعرف عقد المقاولة بأنه: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"[2] ووجه التقارب بين عقد التحكيم والمقاولة يكمن في أن المحل ينطوي في كل من العقدين على تقديم خدمة، أي أداء عمل مقابل أجر، فعقد المقاولة له مجال أكثر اتساعاً من عقد الوكالة إذ إنّ موضوع العلاقة بين المحكّم والأطراف تتمثل في أداء خدمات لها طابع ذهني لحساب الأطراف على نحو مستقل وذلك في مقابل مكافآت أو أتعاب يتفق عليها[3].

وقد وجهت انتقادات كثيرة على هذا التكييف أهمها:

١- أن عقد التحكيم يختلف عن عقد المقاولة في أن مقتضى عقد المقاولة وجود جانب له وحدة هدف، وجانب آخر يقوم بتنفيذ العمل المنوط به، بقصد الوصول إلى الهدف، أما عقد

---

[1] راجع ، المحكّمون دراسة تحليلية ، مرجع سابق ، ص٨٥ـــ٨٧ ؛ أحمد الملحم ، مرجع سابق ،ص١٩٩.

[2] مادة رقم٦٤٦ من القانون المصري، وتطابقها المادة رقم ٦٢١ من القانون المدني السوري ، وتوافقها المادة رقم ٨٧٠ من القانون المدني الأردني .

[3] المراجع السابقة .

التحكيم فمن مقتضاه وجود جانب له مصالح تنازعه مصالح الجانب الآخر، وليس بمقدور المحكَّم إعمال مصالحهما معاً بل يقضي لمن كان الحق لجانبه، كما أن المحكَّم وهو يمارس عمله بموجب عقد التحكيم الذي يربطه مع الخصوم لا يمكن أن يطلب فسخ عقد التحكيم إذا لم يقدم أحد طرفي النزاع دفاعه أو مستنداته خلال المهلة المحددة له، بل يجوز له الحكم بناء على مستندات الطرف الآخر في حين إذا لم يقدم صاحب العمل في عقد المقاولة الأداء المطلوب منه فإنه يجوز للمقاول فسخ العقد[1].

٢- أن المقاول يؤدي أعمالاً مادية في حين أن المحكَّم يؤدي أعمالاً قانونية، كما أن العنصر الجوهري والمميز لعقد المقاولة وهو عنصر المضاربة منتفٍ تماماً في عقد التحكيم، بالإضافة إلى أن شخصية المحكَّم تكون غالباً محل اعتبار لأن اختيار المحكَّم يقوم على الثقة الشخصية التي أولاها له الأطراف وهذا نادراً ما يتحقق بالنسبة للمقاول[2].

---

[1] وهذا مانص عليه أغلب قوانين التحكيم ، انظر المادة ١٧٩ من قانون المرافعات الكويتي ، والمادة ٣٣ فقرة (ج) من قانون التحكيم الأردني والمادة ٣٥ من قانون التحكيم المصري، وقد خالف نظام التحكيم السعودي هذه الطريقة فنص على أنه في حالة عدم إيداع أحد الخصوم ملف التحكيم مذكرة أو مذكرات بطلباته ودفاعه، فإنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تنظر في النزاع أو تصدر حكمها فيه، ويجب عليها أن تؤجل نظر النزاع إلى جلسة تالية، انظر المادة ١٨ من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم، واستثنى النظام حالة حضور الخصم أو من يمثله جلسة من الجلسات، أو إيداع الخصم مذكرة بدفاعه في الدعوى ، فقد اعتبر المنظم هذه الحالات بمثابة حضور ، وبالتالي فإن للمحكَّم أن ينظر القضية ويصدر حكمه في النزاع في الجلسة التالية ولو لم يحضر ، انظر المادة ١٨ من اللائحة ، وهذه مزية تحسب لنظام التحكيم السعودي .

[2] المراجع السابقة .

٣- تكييف علاقة المحكّم بالخصوم على أنها عقد عمل[٣]: ووجه تكييف ذلك: على أساس أن الطرفين يتفقان مع المحكّم على إجارة عمله ويترتب على هذا الاتفاق حقوق والتزامات متبادلة بين المحكّم والأطراف، مع ملاحظة أن المحكّم يخول بعض السلطات القانونية، وهي غير مستمدة من العقد الذي يربطه بالأطراف وإنما من القانون مباشرة. إلا أن هذا التكييف من الصعب قبوله نظراً لوجود اختلافات جوهرية بين عقد التحكيم وعقد العمل وأهمها ما يلي:

أ- أن محل عقد التحكيم هو قيام المحكّم بعمل ذهني يتمثل في حسم النزاع وليس عملاً مادياً كما هو الحال في عقد العمل.

ب – في عقد العمل يكون العامل خاضعاً لإدارة وإشراف رب العمل، فالعامل يؤدي العمل تحت إشراف وتوجيه رب العمل[١]، وهذه العلاقة التبعية لا تتحقق في المحكّم الذي يحظى بالاستقلال في مواجهة الأطراف، وهذا الاستقلال الفني لا يتعارض مع خضوع المحكّم لاتفاق الأطراف أو لأحكام القانون وحتى عندما يكون التحكيم مؤسسياً، فإن تبعية المحكّم للمؤسسة تكون تبعية إدارية وليست فنية ولا يجب أن تتجاوز هذا الإطار الإداري إلى المسائل الفنية [٢].

٤- تكييف علاقة المحكّم بالخصوم على أنها عقد من نوع خاص: نتيجة للآراء السابقة وما وجه لها من انتقادات، اتجه بعض الشراح إلى تكييف العقد الذي يربط المحكّم بالخصوم على

---

[٣] عرفت المادة الخمسون من نظام العمل السعودي عقد العمل بأنه : "عقد مبرم بين صاحب عمل وعامل ، يتعهد الأخير بموجبه أن يعمل تحت إدارة صاحب العمل أو إشرافه مقابل أجر "

[١] عرفت المادة الثانية من نظام العمل السعودي صاحب العمل بأنه : " كل شخص طبيعي أو اعتباري يشغل عاملاً أو أكثر مقابل أجر " كما عرفت العامل بأنه : "كل شخص طبيعي يعمل لمصلحة صاحب عمل وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر ، ولو كان بعيداً عن نظارته "

[٢] راجع : عبد الحميد الأحدب ، موسوعة التحكيم ، ٢/٢٥٠.، أحمد عبدالرحمن الملحم ، مرجع سابق ،ص٢٠٠ .

أنه عقد من نوع خاص وذلك بالنظر إلى أن علاقة المحكَّم بالإطراف تنطوي على ملامح من كافة أنماط العقود إلا أنها لا تتطابق مع أي منها، الأمر الذي يتأكد معه فكرة الاستقلال، وخضوعه للقواعد الخاصة التي تتناسب وطبيعة التحكيم وطبيعة وظيفة المحكَّم، وتعذر ربطه بأي عقد من العقود المسماة بالقانون المدني، إذ أن هذه العلاقة تنصب على عمل ولكنه عمل ذهني كما أن موضوع هذا العقد يتميز بذاتية عن سائر العقود إذ أن موضوعه أداء العدالة على نحو ما يفعل القاضي الوطني ولذلك فإنه يتميز عن سائر العقود، فالعلاقة التي تربط المحكَّم بالخصوم هي علاقة خاصة وتُرتب التزامات متبادلة بين الطرفين ويكون العقد في هذا الفرض مدنياً دائماً، ويرى أصحاب هذا القول أن محاولة وضع نظام يتميز في إطار التقسيمات والأنظمة التقليدية ، غالباً ما يكون على حساب الحقائق العلمية وصحتها، كما أن التحكيم أداة متميزة لحل المنازعات فيه اتفاق وفيه قضاء وفيه ما يميزه عنهما، فلماذا نغير من حقيقة التحكيم بهدف الزج به في أحضان أنظمة قانونية يتشابه معها في أمور ويختلف عنها في أمور أخرى، ومما هو معلوم أن التحكيم نظام قانوني لا يجد مأواه في قوانين الدول فحسب، بل في غيرها من مواثيق دولية، من معاهدات وقرارات لمنظمات دولية وفي أنظمة لوائح هيئات التحكيم الدائمة والمنتشرة في مختلف دول العالم، فإذا كان الأمر كذلك فلماذا لا نقر للتحكيم طبيعته الخاصة وذاتيته المستقلة التي تختلف عن العقود الأخرى كما تفترق عن أحكام القضاء[1].

---

[1] راجع: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، د/أبو زيد رضوان ، ص٣٥؛ دور المحكَّم في خصومة التحكيم

التكييف الراجح: الذي يترجح لدي أن طبيعة علاقة المحكَّم بالخصوم هي عقد من نوع خاص يتميز عن سائر العقود بحكم موضوعه وهو التقاضي عن طريق التحكيم الذي يعد طريقاً موازياً للقضاء، وهذه العلاقة وإن كانت تخضع للقواعد التي تنطبق على سائر العقود إلا أن ذلك لا ينفي أن لعقد التحكيم سماته الخاصة المستمدة من طبيعته ويخضع لقواعد خاصة به وضعها المنظم في نظام التحكيم، ولا حاجة لمسايرة ما هو شائع والانضمام إلى محاولات تكييف العلاقة بقواعد تخص عقداً آخر كعقد الوكالة أو العمل أو نحو ذلك، فهو عقد مسمى من عقود القانون الخاص[1]، يستفيد من قواعد العقود في عناصر التحكيم وتكوينه، كما أنه يستفيد من قواعد التقاضي أثناء العملية التحكيمية، كالإجراءات التي ليس فيها نص خاص بالتحكيم ، وهذا القول هو ما تتجه إليه الأنظمة في العصر الحديث حيث إنها تتجه إلى إصدار نظام مستقل للتحكيم على غرار نظام القضاء ، ولكل نظام منهما لوائحه وتفصيلاته وإجراءاته[2]، مما يعزز القول بأن طبيعة العلاقة هي عقد من نوع خاص، ومما يؤكد ذلك أيضاً أنه إذا قارنا مركز المحكَّم في العملية التحكيمية بمركز المتعاقد في أي عقد مدني، نجد أن التزامات المحكَّم تتجاوز في طبيعتها ونطاقها الالتزامات العقدية في العقود المدنية، ذلك أن بعض الالتزامات التي يلتزم بها المحكَّم تولد في مرحلة سابقة على تعيينه كالالتزام بالإفصاح ونحو ذلك، كما أن بعضاً من هذه الالتزامات تظل قائمة حتى بعد إصدار الحكم كالالتزام

د/ هدى عبدالرحمن، ص٣٣؛ التحكيم الدولي الخاص، د/ إبراهيم أحمد، ص٣٩.

(١) المحكَّمون ، مرجع سابق ، ص٩٣ــ ٩٤ .

(٢) وظيفة المحكَّم ، د/زيد الزيد ، ص٣٧ .

بالسرية وتفسير الحكم وتسبيبه وتصحيحه ونحو ذلك، فالتزامات المحكّم تتجاوز في طبيعتها الالتزامات العقدية في أيٍ من العقود المدنية ، الأمر الذي تتأكد معه خصوصية العقد المبرم بين الأطراف والمحكّم.

وبما أننا قررنا خصوصية هذا العقد ، فيحسن بنا في هذا المقام بيان ما لهذا العقد من شروط وخصائص وآثار: **فأما الشروط فهي كما يلي:**

١- الرضا: فبمجرد صدور إيجاب وقبول من قبل أطراف العملية التحكيمية وتعلق أحدهما بالآخر بشكل نافٍ للجهالة ، يتم انعقاد التحكيم.

٢- المحل: فلابد أن يكون محل عقد التحكيم قابلاً للتعاقد شرعاً.

٣- السبب: ويقصد به رغبة الأطراف في الحصول على الفوائد التي يقدمها التحكيم، ولا بد أن يكون السبب موجوداً ومباحاً وغير مخالف للنظام العام أو الآداب.

٤- الأهلية: فلابد أن تتوافر في أطراف العملية التحكيمية الأهلية اللازمة لإبرام التصرفات.

٥- الكتابة: وهي ليست شرطاً لازماً لصحة العقد ما لم ينص النظام على ذلك صراحة، إلا أنها تعد شرطاً لازماً لتنفيذ الاتفاق على التحكيم الذي تم إثباته قضائياً [1].

وأما الخصائص فهي كالتالي: ١-أنه عقد جائز، إذ ليس فيه صفة تمنع الغرض المقصود منه.

٢-أنه من العقود المسماة فقد نصت عليه معظم التنظيمات، وجرى التعامل به بين الناس.

---

[1] راجع ، التحكيم في المملكة ، للبحاد ، ص٥٧ .

٣-أنه عقد رضائي: فيكفي لانعقاده تراضي الطرفين وتوافق إرادتيهما فالرضا وحده كافٍ.

٤-أنه من عقود المعاوضة:فهو يتضمن منفعة متبادلة لأطرافه تتمثل في الاستفادة من مزاياه.

وأما الآثار فهي كما يلي: بالنسبة للمتعاقدين: يجب عليهم أن يلتزموا بتنفيذ التزاماتهم المتبادلة تجاه بعضهم البعض، ولا يجوز لهم الرجوع عن التزاماتهم إلا باتفاق جديد، أو بصدور قرار من الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع يتضمن الإلغاء أو التعديل أو الفسخ. وبالنسبة للجهة المختصة : فيتم نزع الاختصاص من الجهة المختصة من نظر النزاع[1].

المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه والنظام.

عند القيام بالمقارنة بين طبيعة علاقة المحكَّم بالخصوم من الناحية الفقهية وطبيعتها من الناحية النظامية نخلص إلى النتائج التالية:

١- الفقه الإسلامي جعل التحكيم ولاية من ولايات القضاء إلا أنه أحط رتبة منه، وبالتالي أثبت كمبدأ عام الولاية القضائية للمحكَّم واشترط في تعيينه ــ في الجملة ــ ما يشترط في القاضي ، إلا أنه أقر بالطبيعة الخاصة لعمل المحكَّم، فهو جعل التحكيم ولاية، وأما الصفة التعاقدية فجعلها خاصة بمرحلة من مراحل التحكيم.

٢- نجد أن الفقه الإسلامي فرق في توصيف علاقة المحكَّم بالخصوم، بين كون تعيين الحكَم من قبل القضاء أو من قبل الخصوم، فنجد أنه جعل المحكَّم المعين من قبل الجهة المختصة بنظر النزاع، نائباً عن القاضي الذي عينه، و أما المحكَّم المعين من قبل المتخاصمين فإن علاقة المحكَّم

---

(١) المرجع السابق ، ص١٠٨

بالخصوم يحكمها عقد الجعالة على الصحيح إذا كان محل النزاع مالاً، أما إذا كان محل النزاع يتعلق بالمسائل الشخصية كالشقاق الزوجي، فإن المحكَّم في هذه الحالة يأخذ عدة توصيفات على حسب الجهة التي تبعثه، لكن الذي يترجح من هذه التوصيفات، هو كون المحكَّم شاهداً، وجملة القول: أنه لا يمكن من الناحية الفقهية استبعاد الصفة القضائية للتحكيم إلا إذا أنكرنا ذات التحكيم، فخصومة التحكيم عمل قضائي يحسم النزاع ضمن إجراءات قضائية، كما أنه يمكننا من الناحية الفقهية أيضاً التسليم بعدم تعميم النظرة القضائية على كل مكونات التحكيم، فالبيئة التعاقدية التي تنشأ في إطارها مهمة المحكَّم لم تنكر من الناحية الفقهية، بيد أن الفقه الإسلامي تميز عن القانون الوضعي فيما يتعلق بتوصيف العلاقة من عدة نواحٍ، من أهمها أنه أعطى عدة توصيفات على حسب طبيعة النزاع والجهة التي تخول المحكَّم، فهو وإن أعطى للمحكَّم الصفة الولائية إلا أنه نجد أن هناك مرونة فيما يتعلق بتكييف العقد المبرم بين المحكَّم والخصوم بهدف تنظيم المسألة وحفظ الحقوق ومعرفة كل طرف ما له وما عليه، ونجد أن تكييف العلاقة لم توضع في قالب عقد جديد وإنما كُيِّفت على عقد من العقود المسماة في الفقه الإسلامي وهو عقد الجعالة، أما تكييف العلاقة من الناحية النظامية فنجد أن شراح القانون اختلفوا في التكييف على عدة أقوال وهذا الاختلاف ناتج عن تشابه بعض من العقود المسماة في القانون المدني بطبيعة عمل التحكيم وبالتالي حاولوا تكييف العلاقة على أنها عقد وكالة، ومرة على أنها عقد عمل، وأخرى على أنها عقد مقاولة، إلا أن هذه التكييفات لم تسلم من النقد وكونها تختلف عن طبيعة عمل المحكَّم اختلافاً جوهرياً لذا حاول البعض إيجاد

تكييف يسلم من تلك الانتقادات، فجعل علاقة المحكّم بالخصوم، يحكمها عقد من نوع خاص، يخضع في مسائله لأحكام النظام الخاص بالتحكيم وفي المسائل التي لم ينص عليها، فإنه يخضع لأحكام العقود في القانون المدني، وأكد الشراح على أهمية التفات المجتهدين والمنظمين إلى هذا العقد لإرساء قواعده ، تحسبا من نشوب المنازعات بين أطراف العقد بما حاصله تفويت الفرصة من الاستفادة من التحكيم كنظام موازي للقضاء.

المبحث الثاني: التزامات المحكّم :

تكمن أهمية هذا المبحث في ارتباطه بمركز المحكّم، وحسن سير خصومة التحكيم ، مما يؤدي إلى محاولة تلافي المعوقات السلبية التي تقف في وجه مسؤولية المحكّم وكل ما من شأنه أن يثير شكوكاً في عدالة المحكّم، وإزاء ذلك يرى الباحث أن هذا الموضوع لم يعالج من قبل المنظم السعودي بشكل واضح وجلي ـــ شأنه في ذلك شأن الأنظمة الأخرى ـــ مما يجعل الباحث في منطقة غموض شديدة، الأمر الذي يجبره على الاجتهاد في هذا المجال مسترشداً بالقواعد العامة عند الاقتضاء ، وعدم حسم القضية من قبل المنظم، يؤدي ـــ من وجهة نظري ـــ إلى تضارب في المواقف والاجتهادات، كما أن عدم الحسم في مثل هذه القضية قد يترتب عليه إحجام القضاء عن تقرير مسؤولية المحكّم عما صدر منه من أخطاء، كما يجعل الأفراد في تردد من الالتجاء إلى القضاء للمطالبة بتعويض ما أصابهم من أضرار بسبب أخطاء المحكّم ،ولعل أبرز الأسباب وراء هذا الغموض هي: طابع السرية التي تتمتع بها العملية التحكيمية، فمن خلالها يُمنح المحكّم سلطة يسيطر بها على سير الخصومة بعيداً عن أعين

القضاء، الأمر الذي يصعب معه الوقوف على المشكلات التي يعاني منها المحتكمون، كما أن للثقة في شخصية المحكّم، وإحجام المنظم عن وضع نصوص واضحة تتحدث عن مسؤولية المحكّم التأثير ذاته، وكما قررنا سلفاً فإن لهذا المبحث أهمية في قيام مسؤولية المحكّم عند إخلاله بأي التزام من الالتزامات التي تناط به، وهذه الالتزامات تتجلى في المطالب الآتية:

المطلب الأول: التزامات المحكّم في الفقه:

أولاً: *التزام المحكّم بالكشف عن الظروف التي تثير شكوكاً في استقلاله:*

فيلتزم المحكّم قبل توليه مهمة الفصل في النزاع بكشف كل ما من شأنه التأثير في عملية التحكيم كأن يكون خصماً لأحد الطرفين أو وجود قرابة أو عداوة ونحو ذلك، وهذا الالتزام متفق عليه كمبدأ عام، فلا يجوز للحكَم أن يحكم والحالة هذه، ومما جاء في ذلك قولهم: "وحكم الحاكم لأبويه وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء، وهذا لأنه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم"[1]، إلا أن الفقهاء ذكروا أنه يحق للمحكّم الاستمرار في عملية التحكيم إذا رضي الخصم بذلك، فمتى ما تحقق رضا طرفي النزاع بالمحكّم مع علمهم بحاله، فإن للمحكّم أن يحكم في النزاع[2]، ويلزم حكمه إذا حكم على من قامت به صفة المانعية، أما إذا حكم له فإن الحكم لا يلزم المحكوم عليه إلا بعد قبوله

---

[1] انظر : فتح القدير ، ٣٢١/٧ ؛العناية شرح الهداية ، ٣١٨/٧ ؛ مغني المحتاج ، ٢٦٩/٦ .

[2] انظر : شرح الزرقاني على مختصر خليل ، لعبد الباقي الزرقاني، ١٢٩/٧؛تبصرة الحكام ، لابن فرحون ، ٦٣/١؛أدب القاضي للماوردي ٣٨٦/٢؛ المغني ، ٩١/١٤ ؛الاختيارات ،ص٣٣٥؛ وأما الحنفية فالذي يظهر أنهم يقولون بعدم الجواز مطلقاً ،إلا إذا حكم عليه ، قالوا : لأنه صار غير أهل للشهادة ، فلا يصلح أن يكون حكماً انظر : البحر الرائق ، ٢٦/٧ .

إو إجازة الحكم من قبل قاضي الإمام [٣]، وحجتهم في ذلك: ما رواه عبد الرحمن ابن قيس بن محمد بن الأشعث عن أبيه عن جده قال: اشترى الأشعث رقيقاً من رقيق الخمس من عبد الله بعشرين ألفاً، فأرسل عبد الله إليه في ثمنهم، فقال: إنما أخذتهم بعشرة آلاف، فقال عبدالله: فاختر رجلاً يكون بيني وبينك، قال الأشعث: أنت بيني وبين نفسك، قال عبدالله: فإنني سمعت رسول الله ﷺ يقول: "إذا اختلف البيِّعان وليس بينهما بينة فهو ما يقول رب السلعة، أو يتتاركان"[١] ووجه الدلالة أن الأشعث قال لابن مسعود: "أنت بيني وبين نفسك" فدل على جواز تحكيم الخصم لخصمه، وأنه مرهون برضاه. وأما كون حكم المحكَّم لازماً في حالة الحكم على من اتصف بالمانع فلأنه حكم عليه لا له، والأصل في حكم المحكَّم اللزوم، وقد رضي ابتداء، فيتوسع في التحكيم مالا يتوسع في القضاء ، لأن المحكَّم اختير برضا الطرفين بخلاف القاضي، وأما كون الحُكم غير لازم انتهاءً ،إلا بعد رضا المحكوم عليه، أو إجازة الإمام للمحكَّم، فلما في ذلك من ضمان للحقوق وصيانة لها، وقطع للتشكي، وذلك لأن الخصم قد يتوقع عدم تأثر المحكَّم ويطمئن إليه، ثم يظهر له بعد ذلك خلاف ما كان يتوقع. ولأن قبوله له بعد العلم بالحكم يشبه الصلح ،كما أن إجازة القاضي للحكم يعد استئنافاً له[٢] .

---

[٣] التحكيم في الشريعة الإسلامية ، للشيخ عبدالله ابن خنين، ص٩٠.

[١] رواه أبو داود في سننه ، كتاب البيوع والإجارات ، باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم ، ٣/٢٨٥ ، حديث رقم (٣٥١١) ؛ ورواه الحاكم في مستدركه ، ٢/٤٥ ؛ وقال عنه صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، وقال عنه الذهبي إنه صحيح، التلخيص ،٢/٤٥ ؛ وقال الشافعي : وهو منقطع ولا أعلم أحداً يصله عن ابن مسعود وقد جاء من غير وجه ، السنن الكبرى للبيهقي ،٥/٣٣٢. إلا أن ابن عبد البر قال : "هو منقطع إلا أنه مشهور عند جماعة العلماء ، تلقوه بالقبول وبنوا عليه كثيراً من فروعه .

[٢] راجع : التحكيم في الشريعة الإسلامية ، للشيخ عبد الله ابن خنين ، ص٩١ــ٩٢ .

ثانياً: *الالتزام بتوثيق التحكيم.*

وهو يجري بأحد طريقين :

١- الإشهاد على عقد التحكيم: وهذه الطريقة اختلف الفقهاء في الإلزام بها، فيرى المالكية: أنه لا يحتاج التحكيم إلى شهود تشهد على الخصمين بأنهما حكماه[١]. أما الحنابلة فقد ذكروا أنه ينبغي الشهادة بالرضا به قبل أن يحكم بينهما، يقول الرحيباني[٢]: "ينبغي أن يشهد المتحكم على الخصمين بالرضى بحكمه قبل أن يحكم بينهما؛ لئلا يجحد المحكوم عليه منهما أنه حكمه؛ فلا يقبل قوله عليه إلا ببينة"[٣]. وذهب الحنفية إلى مثل هذا القول حيث قالوا أنه: إذا حكَّم رجلان حكماً في خصومة بينهما...، فتجاحدا، وقالا: لم تحكم بيننا، وقال الحكم: بل حكمتُ. فإنه يُصدَّق ما دام في مجلس الحكومة، ولا يصدَّق بعد القيام منه حتى يشهد على ذلك غيره[٤]. كما قال الشافعية بنحو ذلك[٥].

٢- كتابة عقد التحكيم: والكتابة مشروعة لإثبات الديون وجميع الحقوق والعقود لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾[٦] ومن ذلك كتابة عقد التحكيم لتعلق حقوق الخصمين به ودفعاً للتخاصم والتناكر، وقطعاً لدابر المنازعات[٧].

---

[١] حاشية الدسوقي ،١٣٥/٤ .

[٢] تقدمت ترجمته ، ص٩١ .

[٣] مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى، ٤٧٢/٦.

[٤] المبسوط ، للسرخسي ، ٦٣/٢١ .

[٥] أدب القاضي ، للماوردي ،٣٨٤/٢ .

[٦] سورة البقرة ، الآية : ٢٨٢ .

[٧] التحكيم في الشريعة الإسلامية ، آل خنين ، ص٤٤ .

ثالثاً: ***الالتزام بالنطاق الموضوعي للتحكيم***

يعد هذا الالتزام من أهم ما يجب على المحكّم العناية به، والإخلال به قد يعرض الحكم للبطلان، ووجه ذلك هو كون التحكيم قضاءاً خاصاً، إذ أن الأصل في فصل المنازعات هو من اختصاص القضاء العام، والتحكيم هو بمثابة الاستثناء فيجب الالتزام بالنطاق الموضوعي للتحكيم، وقد اختلف الفقهاء في مدى تطبيق هذا الالتزام، تأسيساً على الاختلاف في نطاق التحكيم، وقد تقدم بيانه[1]، وأشير في هذا الجزء من البحث إلى خلاصة الأقوال وبيان الصورة النهائية لنطاق التحكيم الذي يجب على المحكّم الالتزام به وعدم التعدي إلى ما وراء ذلك، ويظهر من خلال الاستعراض السابق لأقوال الفقهاء في مسألة نطاق التحكيم أن للفقهاء في هذا الخصوص، اتجاهين: الأول: يرى جواز التحكيم في كل شيء وهو مذهب الحنابلة وبعض الشافعية، والثاني: يرى الجواز في الأموال وما في معناها مما يجوز بذله والعفو عنه والصلح عليه ومنعه في العقوبات مطلقاً، وهو قول لبعض الحنفية والمذهب عند المالكية. واختلفوا فيما عدا ذلك، كالنكاح والطلاق والنسب واللعان، فمنعه المالكية وبعض الشافعية وأجازه بعض الحنفية والحنابلة ،وقد تقدم الترجيح في هذه المسألة[2]، وأعيد منه ما هو مهم في هذا المقام، وهو أن التحكيم يجوز في كل ما هو حقٌ للخصمين مما يجوز لهم فيه بذله والعفو عنه والصلح عليه، وقد وضع بعض الفقهاء ضابطاً في ذلك وهو: أن كل حق اختص به

---

[1] انظر ذلك على صفحة ٣٩ من هذا البحث .

[2] انظر ذلك على صفحة ٤١ ، من هذا البحث .

الخصمان جاز التحكيم فيه ونفذ حكم المحكَّم به[٣]، فيخرج بذلك العقوبات مطلقاً، وما هو من اختصاص القضاة بصفة مباشرة كالنكاح والطلاق والنسب واللعان. وبناء على هذا الترجيح، يلتزم المحكَّم عند الفصل في أي نزاع يعرض عليه، بعدم الفصل في أي نزاع يتعلق بالعقوبات أو بما هو من اختصاص القضاة، مما سلف ذكره، وعند خرق هذا المبدأ من قبل المحكَّم ، كأن يحكم فيما لا يجوز له التحكيم فيه، فما الحكم؟ إليك بيان ذلك في المسألة التالية

مسألة: حكم المحكَّم فيما لا يجوز له التحكيم فيه ؟ (تجاوز النطاق الموضوعي للتحكيم)

مذهب الحنفية: على قولين: **الأول:** أن حكم المحكَّم في هذه الحالة لا يصح ويعد حكمه باطلاً لأن ذلك من اختصاص الإمام، ثم إنه ليس للمحكَّمين ولاية على دمهما ولا يستباح برضاهما[١]، وذلك تأسيساً على رأيهم في مسألة نطاق التحكيم، فهم يقولون بعدم جواز التحكيم في العقوبات مطلقاً، سواء كانت حقاً لله أم لآدمي، بل زاد البعض منع التحكيم في دية قتل الخطأ إلا أنهم استثنوا فيما يتعلق بالتحكيم في دية قتل الخطأ، الإقرار بالقتل وأروش الجراحات، يقول البابرتي[٢] ما نصه "وإن حكماه في دم خطإ لا ينفذ إلا في صورة؛ لأنه إما أن يحكم بالدية على العاقلة أو في مال القاتل، فإن كان الأول لم ينفذ حكمه؛ لأنه لا ولاية له عليهم إذ لا تحكيم من جهتهم. وحكم الحكم لا ينفذ على غير المحكمين، وإن كان الثاني رده

---

[٣] ذكر ذلك ابن العربي في تفسيره ، أحكام القرآن ،١٢٥/٢ .

[١] البحر الرائق،٢٦/٧ .

[٢] هو: محمد بن محمود البابرتي، من علماء الحنفية المتأخرين، برع في الفقه والأصول، أفتى ودرس وصنف، من مؤلفاته: العناية شرح الهداية، شرح أصول البزدوي المعروف بالتقرير، توفي في رمضان عام ٧٨٦هـ انظر: تاج التراجم، ص٢٦٠ .

القاضي ويقضي بالدية على العاقلة؛ لأنه يخالف رأيه ومخالف لنص حديث حمل بن مالك "قوموا فدوه" إلا إذا ثبت القتل بإقراره؛ لأن العاقلة لا تعقله، وأما أروش الجراحات فإن كانت بحيث لا تتحملها العاقلة وتجب في مال الجاني بأن كان دون أرش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالإقرار و النكول أو كان عمدا وقضى على الجاني جاز؛ لأنه لا يخالف حكم الشرع وقد رضي الجاني بحكمه عليه فيجوز، وإن كانت بحيث تتحملها العاقلة بأن كانت خمسمائة فصاعدا وقد ثبتت الجناية بالبينة وكانت خطأ لا يجوز قضاؤه بها أصلا؛ لأنه إن قضى بها على الجاني خالف حكم الشرع، وإن قضى على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا بحكمه"[1]، **الثاني:** الجواز إذا حكم في حد القذف أو القصاص، وذلك تأسيساً على قولهم بجواز التحكيم في حد القذف والقصاص، فيرون جواز حكم المحكّم بشرط أن يكون حكمه في الحدود التي هي من حق العبد، قالوا: لأنه حقهما، والاستيفاء إليهما[2]، وقد رضياه.

مذهب المالكية: يرى المالكية أنه إذا حكم في هذه الحالة، فإن حكمه يمضي إذا وافق الصواب وعلى الإمام أن يزجره وينهاه عن العود لمثل ذلك، يقول ابن فرحون[3] في ذلك: "وحيث قلنا لا يحكم في هذه المسائل فلو حكم فيها بغير الجور نفذ حكمه وينهى عن العود لمثله، ولو أقام ذلك بنفسه فقتل أو اقتص أو ضرب الحد أدب وزجر ومضى ما كان صوابا من حكمه

---

[1] العناية شرح الهداية، للبابرتي، ٣٢٠/٧؛ وقريب من هذا المعنى أيضاً، معين الحكام ، للطرابلسي، ص٣٠ .

[2] شرح أدب القاضي لابن مازه ،٦٣/٤ .

[3] هو أبو الوفاء إبراهيم بن أبي الحسن علي بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي المدني ، ولد بالمدينة ونشأ بها ، وولي قضائها ، برع في الفقه وبعض العلوم ، وهو أحد فقهاء المالكية ، من مؤلفاته : شرح على مختصر ابن الحاجب ، وتبصرة الحكام ، توفي سنة ٧٩٩هـــ ، شجرة النور الزكية ، ٢٢٢/١ .

وصار المحدود بالقذف محدودا والتلاعن ماضيا"[٤]. ووجه جواز الإمضاء، قالوا: لأنه لم يخالف حكم الشرع ثم إن المحكّم قد رضي بذلك، ووجه الزجر ونهيه عن العود: لأن هذه أمور لها قدر فيحتاط لها بأن لا يحكم فيها إلا من قام بالولاية العامة؛ لأن ذلك لا يكون إلا بعد معرفة الإمام بأحواله التي تقتضي ذلك له أو يؤمن في الأغلب أمره أو من قدمه الإمام أو الحاكم لمعنى يختص به في ضرورة داعية إليه، والله أعلم[١].

مذهب الشافعية: المذهب عند الشافعية جواز التحكيم في كل شيء إلا العقوبات التي هي حق لله، وعند البعض الجواز مطلقاً، وعليه فإذا حُكّم فيها المحكّم صح تحكيمه إلا أنهم قالوا في مسألة تحكيم دية قتل الخطأ، في حالة حكمه بالدية على العاقلة أنه يتوقف في صحة الحكم على رضا العاقلة، يقول الأنصاري[٢] ما نصه: "فلو حكماه في الدية على العاقلة لم يلزم العاقلة حتى يرضوا بحكمه، لأنهم لا يؤاخذون بإقرار الجاني فكيف يؤاخذون برضاه"[٣].

---

[٤] تبصرة الحكام ، لابن فرحون ،١/٦٣ .

[١] المنتقى ، ٥/٢٢٩ .

[٢] هو: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري القاهري الأزهري الشافعي زين الدين، أبو يحيى . شيخ الإسلام وقاضي القضاة وعمدة العلماء، أفتى ودرس وتصدر ، من مؤلفاته: شرح الروض، وشرح البهجة، توفي في مصر سنة ٩٢٦هـ ، انظر: شذرات الذهب ٨/١٣٤

[٣] أسنى المطالب شرح روض الطالب، للأنصاري، ٤/٢٨٨ ؛ وانظر في هذا المعنى: الغرر البهية شرح البهجة الوردية، للأنصاري، ٥ /٢٤١ ، وحاشية الجمل ،٥/٣٤٠ .

مذهب الحنابلة: الذي يظهر من مذهب الحنابلة ، مضي الحكم ، وذلك بناء على جواز التحكيم في كل ما هو من اختصاص القاضي عندهم ، وعليه فيكون حكم المحكَّم في هذه الحالة جائز، لأنه كالقاضي [٤].

رابعاً: *الالتزام بالفصل في التراع القائم بين طرفي التراع فقط.* يلتزم المحكَّم عند الفصل في التراع، بالتقيد بالفصل في التراع الوارد في وثيقة التحكيم، فلا يقبل إضافة موضوعات أو قضايا أخرى، كما يلتزم بعدم إدخال شخص آخر في التراع، أو يقبل تدخله، إلا إذا وافق الخصمان على ذلك وجرى تعديل وثيقة التراع وفق ذلك[١]، وهذا الالتزام متفق عليه عند جميع الفقهاء، يقول البابرتي[٢]:" . وحكم الحكم لا ينفذ على غير المحكمين"[٣]، ويقول ابن فرحون: "ولا يحكم في قصاص أو قذف أو طلاق أو عتاق أو نسب أو ولاء، وإنما استثنيت هذه المسائل من هذه القاعدة؛ لاستلزامها إثبات حكم أو نفيه من غير المتحاكمين، ومن عدا هذين المتحاكمين لم يرض بحكم هذا المحكم، فاللعان يتعلق به حق الولد في نفي نسبه من أبيه، فقد ينفيه هذا المحكم، وليس له ولاية على الحكم في هذا الولد، وكذلك النسب والولاء يسري إلى غير المحكمين، ومن يسري ذلك إليه لم يرض بحكم المحكم"[٤]، وقد نصت على ذلك المادة (١٨٤٢) من مجلة الأحكام العدلية إذ جاء فيها "لا يجوز ولا ينفذ حكم المحكم إلا

---

[٤] المغني، لابن قدامة، ٩٣/١٤ ؛ كشاف القناع، للبهوتي ، ٣٠٩/٦ .

[١] وظيفة المحكَّم، د/زيد الزيد ، ص١٢٦ .

[٢] تقدمت ترجمته.

[٣] العناية شرح الهداية، للبابرتي، ٣١٩/٧ .

[٤] تبصرة الحكام، لابن فرحون، ٦٣/١ ؛ وانظر في هذا المعنى أيضاً، فتح القدير ٣٢٠/٧، وأسنى المطالب، ٢٨٨/٤، والمغني، ٩٣/١٤

في حق الخصمين اللذين حكماه وفي الخصوص الذي حكماه به فقط ولا يتجاوز إلى غيرهما ولا يشمل خصوصاتهما الأخرى"، وسبب عدم سريان الحكم على غير الخصمين: لأن المحكّم ليس له ولاية على غير الخصمين لأن صلاحية المحكّم للحكم إنما حصلت باصطلاح واتفاق الخصمين فقط[٥]، وجملة القول: لا يحق للمحكّم الخروج عن حدود اتفاق التحكيم، ومن ثم إعمال القواعد العامة ولا ينصرف أثر الاتفاق إلى غير المتعاقدين، وعليه فلا ينفذ حكم المحكّم إلا على أطرافه ولا يتأثر بالضرر منه إلا هم ولا يملك التمسك ببطلان التحكيم إلا من له مصلحة في ذلك. واستثنى الحنفية من هذا الحكم، مسألة تحكيم الشريك، فقالوا: لو حكّم أحد الشريكين مع غريم له حكماً فحكم بينهما وألزم الشريك شيئاً من المال نفذ حكمه على الشريك المحكّم وتعدى إلى الشريك الغائب[١]، لأن حكم المحكّم هو كالصلح والصلح هو من أفعال التجار ليكون كل شريك من الشركاء قد رضي بالصلح وبحكم المحكّم الذي هو بمعنى الصلح[٢].

وذكر البُلقيني[٣] من الشافعية: أن عامل القراض ليس له التحكيم إلا برضا المالك[٤] وهو أحد العقلاء الذين ذكرهم البلقيني والذين لا يحق لهم تحكيم غيرهم، بدون رضا غيرهم والذي

---

[٥] درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، ٦٩٧/٤ .

[١] البحر الرائق، ٢٨/٧ .

[٣] وهو: عمر بن رسلان بن نصير بن صالح الكناني الشافعي، برع في علم الفقه والأصول واللغة والكلام، من علماء الشافعية، تولى قضاء دمشق، من مؤلفاته: معرفة الملمات برد المهمات، وهي حاشية على الروضة، العرف الشذي على جامع الترمذي، توفي سنة ٨٠٥ هـ ، انظر: شذرات الذهب ، ٥١/٧.

[٤] انظر ذلك في : مغني المحتاج ، ٢٦٨/٦ .

يظهر في هذه المسألة: أن الشريك لا يحكّم في الحق المشترك أحداً إلا أن يأذن شريكه بذلك لفظاً، أو يكون ذلك مما جرى به العرف بين التجار، أو كان من مقتضى عقد الشراكة، أما إذا نهاه عن ذلك، أو سكت ولم يجرِ به عرف ولم يكن من مقتضى عقد الشراكة فليس له التحكيم[٥].

خامساً: *الالتزام بالحياد والاستقلال والعدل بين المتخاصمين.*

و هذا النوع من الالتزام يشمل كل ما من شأنه تحقيق العدالة والمساواة بين طرفي التراع وذلك لكون المحكّم كالقاضي في عملية التحكيم[١]، من حيث الفصل في التراع والإلزام بالحكم فهو مطالب بكل المبادئ القضائية المطالب بها القاضي، والحياد يستوجب التجرد عند النظر في موضوع التحكيم، وينتفي هذا التجرد بمحاباة المحكّم لأحد طرفي التراع، أو الحكم قبل النظر في المستمسكات ودفوع الخصم، والاستقلال يوجب عدم التبعية للغير أياً كان ذلك الغير فهو يحكم بما يظهر له من الأدلة والوقائع وفق الأصول الشرعية، دون تأثر برأي المحكّم ووجهة نظره، أو رأي الجهة المختصة بنظر التراع فيما يتعلق بالجوانب الموضوعية وقد وردت الكثير من النصوص الموجبة لذلك منها قوله تعالى: ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ [٢] وقوله: ﴿ وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [٣] فيجب على المحكّم أن

---

[٥] التحكيم في الشريعة الإسلامية ، ابن خنين ، ص٩٧ .

[١] مطالب أولي النهى، للرحيباني ،٦/٤٦٢ .

[٢] سورة المائدة، الآية :٤٢ .

[٣] سورة النساء ، الآية :٥٨ .

يستشعر هذه الأوامر الربانية عند قيامه بمهمته، وأنه مأمور بها ومتوعد عند مخالفتها، ومن المسائل المندرجة تحت هذا المبدأ ما يلي:

١- الالتزام بأحكام الشريعة عند الفصل في النزاع المعروض عليه: فيجب على المحكّم المسلم الحُكم بما أنزل الله في كتابه، وعلى لسان رسولهﷺ وما استمد منهما أو أحدهما من أحكام شرعية، سواء كان ذلك في الأحكام الكلية، أم في طرق الحكم والإثبات من شهادة، وإقرار ونكول وغيرها، ولا يجوز الحكم بالقوانين الوضعية المخالفة للشريعة الإسلامية، ولا التحاكم إليها، وأصل ذلك: قول الله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾ [١] كما يحرم عليه الرجوع إلى أعراف وعادات مخالفة للشرع محلية أو دولية؛ لمخالفة ذلك للأحكام الواجبة التطبيق عند التحكيم وهي أحكام الشرع، فالواجب الرد إلى كتاب الله وسنة رسولهﷺ في كل ما تشاجر فيه المتخاصمون[٢].

٢- المساواة بين الخصوم: وذلك أن عملية التقاضي يحكمها في جميع مراحلها، من بدايتها إلى إصدار الحكم وتنفيذه، مبدأ عام هو وجوب تحقيق العدل بين كل من يتعاملون مع الحاكم من أجل فض منازعاتهم، وإنهاء خصوماتهم[٣]. وعليه فيجب على المحكّم أن يعامل الخصوم بالسوية في تصرفاته وإجراءاته القضائية معهم، ويستمر هذا الالتزام من بداية النظر في القضية حتى إصدار الحكم، وأصل ذلك: قول عمر رضي الله عنه في رسالته المشهورة إلى قاضيه أبي

---

[١] سورة المائدة ، الآية :٤٩.

[٢] التحكيم في الشريعة الإسلامية، ابن خنين

[٣] نظرية الدعوى، د/محمد نعيم ياسين، ص٤٣٢

موسى الأشعري ــــ رضي الله عنهما ــــ وهي جامعة لكثير من الالتزامات والآداب وقد جاء فيها: "آس بين الناس في مجلسك، ووجهك، وعدلك؛ حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا يخاف ضعيف جورك"[٤].

٣- تمكين الخصم من الإدلاء بحجته: بمعنى التوسعة على الخصمين بسماع واستيفاء ما لديهما من دعوى، وإجابة، ودفوع، وطعن في البينات، وذلك من الأصول المقررة في المرافعات. يدل لذلك قوله ﷺ:"...فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء"[١]، قال ابن فرحون: "وهذا الحديث هو أم القضايا ولا إعذار فيه"[٢]، وكما قال عمر ﷺ في رسالته المشهورة: "ثم إياك والضجر، والقلق، والتأذي بالناس، والتنكر للخصوم في مواطن الحق"[٣].

٤- إعتدال حال الحكَم عند الفصل في النزاع: بمعنى أن يكون الحكَم عند نظر القضية على حال معتدلة، حاضر الذهن، صحيح الفهم، وعلى وجه تسكن فيها طبيعته، ويجتمع فيه عقله، ويتوفر فيه فهمه، ويبتعد عن كل ما يشوش على ذهنه، فلا يكون متضجراً أو في حالة مرض أوفي حالة غضب شديد وكل ما من شأنه أن يجعله مشوش الذهن والتفكير مما يمنعه من

---

[٤] رواه الدارقطني في سننه ١١١/٢ ، برقم (٤٤٢٦) واللفظ له ، والبيهقي في السنن الكبرى ،١٥٠/١٠ ، وصححه الألباني ، وقال:"وهذا إسناد رجاله ثقات رجال الشيخين ، لكنه مرسل ؛ لأن سعيد ابن أبي بردة تابعي صغير روايته عن عبدالله بن عمر مرسلة فكيف عن عمر ؟ لكن قوله : هذا كتاب عمر ،وجادة ، وهي وجادة صحيحة من أصح الوجادات ، وهي حجة" ، الإرواء ٢٤١/٨ .

[١] سبق تخريجه ، ص٧٤ .

[٢] تبصرة الحكام ، ١٩٩/١ .

[٣] تقدم التخريج .

الحكم بنزاهة وعدالة، يدل لذلك قوله ﷺ: (لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان)[٤]، وكما جاء في رسالة عمر رضي الله عنه: "ثم إياك والضجر، والتأذي بالناس".

سادساً: الالتزام بإصدار الحكم خلال المدة المحددة.

فيجب على المحكَّم الالتزام بميعاد الحكم تأسيساً على أنه التزام في وثيقة التحكيم على إصدار الحكم في الميعاد المحدد، والوثيقة في الحقيقة عقد، واتفاق بين الخصوم من جهة وبينهم وبين المحكَّمين من جهة أخرى، وقد أوجب الشرع الإيفاء بالعقود قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [١]، ومن جهة أخرى فإن الإخلال بهذا الالتزام يؤدي إلى الإضرار بالخصوم حيث يؤدي ذلك إلى تأخر القضية، وبالتالي زيادة الخلافات وتشعبها، وتوقف الأعمال وفوات الفرص عليهم، واحتمال شيوع موضوع الخلاف الأمر الذي يؤثر سلباً على أعمالهم وقد نهى الشارع عن ذلك[٢] في قوله ﷺ : (لا ضرر ولا ضرار)[٣]، وقد صرح فقهاء الحنفية أن المحكَّم ينعزل وينتهي التحكيم عند انتهاء المدة المحددة له، وذلك لأن القاضي أقوى ولاية من المحكَّم، وإذا حددت ولاية القاضي بمدة امتنع عليه القضاء بعد انتهائها، فكذلك المحكَّم من باب أولى، لكن لو مد زمن التحكيم باتفاق الأطراف جاز ذلك، لأنه كالتولية الجديدة [٤]، وقد نصت على ذلك المادة (١٨٤٦) من مجلة الأحكام العدلية إذ جاء فيها: "إذا تقيد التحكيم بوقت يزول بمرور الوقت، مثلاً الحكم المنصوب على أن يحكم من اليوم الفلاني إلى شهر ليس له أن يحكم بعد مرور ذلك الشهر فإذا حكم فلا ينفذ حكمه"، فالمحكَّم المنصوب على أن يحكم من

---

[٤] أخرجه البخاري، كتاب الأحكام ، باب هل يقضي الحاكم أو يفتي وهو غضبان ،حديث رقم (٧١٥٨) ، فتح الباري ، ١٤٦/١٣ .

[١] سورة المائدة ، الآية : ١ .

[٢] التزامات المحكَّم، الشيخ يوسف الفراج، ورقة عمل مقدمة لملتقى التحكيم السعودي الأول من منظور إسلامي ودولي. ص١٤ .

[٣] أخرجه ابن ماجة ،٧٨٤/٢ ؛ والدارقطني، وقال النووي :"له طرق يقوي بعضها بعضاً" وقال ابن الصلاح:"هذا الحديث أسنده الدراقطني من وجوه ، ومجموعها يقوي الحديث ويحسنه ، وقد تقبلته جماهير أهل العلم واحتجوا به" ، انظر : جامع الأصول من أحاديث الرسول ، ٦٤٤/٦ ــ ٦٤٥ .

[٤] التحكيم في الشريعة الإسلامية ، للشيخ عبد الله آل خنين ، ص١٥٦ــ ١٥٧ .

اليوم الفلاني إلى شهر ليس له أن يحكم إلا في مدة ذلك الشهر وليس له أن يحكم بعد انقضاء ذلك الشهر كما أنه لا يجوز له أن يحكم قبل حلول ذلك اليوم كما أنه لا ينفذ حكمه إذا حكم قبل حلول ذلك اليوم لا ينفذ حكمه أيضا إذا حكم بعد مرور ذلك الشهر(٥).

سابعاً: *الالتزام بعدم تفويض التحكيم إلى الغير إلا بعد رضا الخصوم.*

فإذا رضي الخصمان بحَكَم معين فليس له تفويض التحكيم إلى غيره إلا بعد رضا الخصوم فإن رضوا بذلك جاز ، ذلك أن الخصوم إذا أذنوا له صح إذنهم، وأمكنه التفويض؛ لأن المنع إنما كان من أجل صيانة حقهم، ومراعاة مقصدهم من التحكيم؛ فلما أذنوا صار إذنهم هذا توكيلاً للحكم في التحكيم ممن يختار للنظر في قضيتهم، ومما يدل على ذلك قصة تحكيم سعد بن معاذ ﷺ في بني قريظة حينما نزلوا على حكم رسول الله ﷺ فرد الحكم فيهم إلى سعد فرضوا بذلك. فحكم سعد ﷺ ، وأنفذ النبي ﷺ حكمه(١)، وقد جاء في البحر الرائق مانصه: "وليس للمحكم أن يفوض التحكيم إلى غيره ولو فوض وحكم الثاني بغير رضاهما فأجاز الأول لم يجز إلا أن يجيزا بعد الحكم "(٢)، وإذا فوض المحكّم غيره بدون رضا الخصمين ابتداءً وحَكَم ورضي الخصمان بذلك لاحقاً، نفذ حكمه لأن الإجازة اللاحقة هي بحكم الوكالة السابقة (٣)، وأشير هنا إلى مسألة مهمة وهي: إذا أراد الحَكَم الاستعانة بالخبراء في

---

(٥) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، لعلي حيدر ، ٦٩٩/٤ .

(١) تقدم تخريجه ، ص٥٨.

(٢) البحر الرائق ، ٢٩/٧ .

(٣) البحر الرائق، ٢٩/٧؛ رد المحتار ، ٤٣١/٥ ؛ درر الحكام، ٦٩٩/٤ .

بعض الوقائع فله ذلك، ولا يعد ذلك من تحكيم الغير بدون رضا الخصوم، بل ذلك من قبيل سماع البينة والتحقيق في الوقائع وكشفها، وهو من أعمال الحَكَم[٤].

ثامناً: *الالتزام بتسبيب الحكم عند إصداره.*

ويقصد به: ذكر الحَكَم ما بنى علي حكمه من الأحكام الكلية، وأدلتها الشرعية، وذكر الوقائع القضائية المؤثرة، وكيفية ثبوتها بطرق الحكم المعتبرة، فعلى الحكم أن يبين مستنده في الأحكام كلها، ولا يقبل قوله: حكمت بكذا، من غير ذكر مستنده، بل يجب عليه بيان الوقائع التي بنا عليها حكمه، وكيف ثبتت لديه، وبيان الحكم الكلي ودليله من أدلة الأحكام الشرعية، وذلك لأن المحكَّم مثل قاضي الضرورة، بجامع أن ولاية كل منهما ضعيفة(١).

تاسعاً: *توثيق الُحكم التحكيمي.*

فإذا فصل الحَكَم في القضية بحكم فلا بد من توثيق ما حكم به، دفعاً للنسيان، وحفظاً لحقوق الخصمين من التحاحد، ويكون ذلك من خلال كتابة الحكم والمرافعة، فيجب على المحكَّم كتابة المرافعة كاملة من الدعوى، والإجابة، و البينات، والمباحثات بينه وبين الخصوم والأيمان، و النكول، وكل ما جرى في المرافعة، ثم الحكم وأسبابه، ويبقى أصله عند الحَكَم ويعطى الخصم نسخة منه، وذلك لما فيه من حفظ الحقوق وقطعاً لدابر المنازعات[٢]،

---

[٤] التحكيم في الشريعة الإسلامية، آل خنين ، ص١٢٧ .

[١] آل خنين ، مرجع سابق ، ص١٣٥ .

[٢] المرجع السابق ، ص١٣٨ .

وإذا كان هذا الأمر متأكداً في حق القاضي، فبحق المحكَّم آكد. ويجب أن يشتمل محضر المحاكمة على البسملة، والحمدلة، والتاريخ، ومكان المحاكمة، وأسماء الخصوم والمحكَّمين، ومباحثات الحكم مع الخصوم، والأسئلة التي وجهها لهم المحكَّم وجميع إفاداتهم ودفوعهم، والبينات، والإعذار وشهادة الشهود، والحكم، وأسبابه، وتاريخه، ثم ختمه بالصلاة على النبي وعلى آله وصبحه وسلم، وتوقيع كل من نسب له قول في هذا المحضر من خصم وشاهد، ثم توقيع الكاتب، والحَكَم، مع الإشارة إلى وثيقة التحكيم وإجازتها من قبل المحكمة المختصة [٣].

المطلب الثاني: التزامات المحكَّم في النظام وفيه الفروع التالية:

الفرع الأول: التزامات المحكَّم قبل الشروع في مهمة التحكيم وإيضاحها في المسائل التالية: ***المسألة الأولى:*** *الالتزام بالإفصاح عن أي ظروف أو ملابسات من شأنها إثارة شكوك حول حيدته واستقلاله.* ويقصد بالإفصاح: مبادرة المحكَّم بإحاطة الأطراف بصلته السابقة أو الحالية بموضوع النزاع أو بأحد أطرافه وممثليهم، وليس للمحكَّم أي سلطة تقديرية في تخير الوقائع التي يفصح عنها وإنما يتعين عليه الإفصاح عن كافة الوقائع التي قد تثير شكوكاً حول حياده واستقلاله ويمتد النطاق الزمني لهذا الالتزام من لحظة ترشيحه وحتى صدور الحكم، وتكمن أهمية هذا الالتزام بتوفيره حماية وقائية للخصوم بالدرجة الأولى، وكذلك المحكَّم، من أجل منع حدوث الإخلال بواجبات المهمة التحكيمية بعد ذلك، كما أن هذا الالتزام يعد من

---

[٣] المرجع السابق .

الالتزامات الجوهرية اللصيقة بجوهر مهمة المحكّم وتفرضه الطبيعة الخاصة لمهمته[1]، وقد أكد على هذا المبدأ معظم أنظمة التحكيم، ومنها نظام التحكيم السعودي وهو ما يفهم من نص المادة الرابعة من اللائحة التنفيذية للنظام والتي نصت على أنه: "لا يجوز أن يكون محكماً من كانت له مصلحة في النزاع"، ولم تحدد المادة نوع أو طبيعة المصلحة التي يمكن أن تكون للمحكّم في النزاع، وبالتالي تحظر عليه الفصل فيه ، إلا أن بعض الشراح يرى أن يفسر هذا النص على إطلاقه، إذ يرى أن هذه المصلحة قد تكون مادية كأن يكون المحكّم دائناً لأحد الخصوم أو كفيلاً له، أو يكون المدين محكماً في نزاع بين دائنه وطرف آخر، وقد تكون مصلحة أدبية أو معنوية، كأن يكون بين المحكّم وأحد الخصوم علاقة قرابة أو صداقة إلى درجة معينة قد تؤثر على حياد المحكّم وتجعله يميل إلى أحد الخصوم على حساب الخصم الآخر[1].

المسألة الثانية: قبول المحكّم لمهمة التحكيم كتابة: فقبول المحكّم للمهمة التحكيم يعتبر التزاماً يجب على المحكّم القيام به، لأنه حتى يعتبر الشخص محكماً في نزاع معين وحتى يشغل مركز المحكّم قانوناً، فإنه يتعين عليه أن يقبل القيام بمهمة التحكيم[2] وهذا القبول رسم له المنظم أسلوباً معيناً وهو ما يتضح من خلال نص المادة الخامسة من نظام التحكيم والتي نصت على أنه: "يودع أطراف النزاع وثيقة التحكيم...، ويجب أن تكون هذه الوثيقة موقعة من الخصوم

---

(1) أبو العلا النمر ، مرجع سابق ، ص٩٨ .

(1) البحاد ، مرجع سابق ، ص١٤٩ .

(2) أبوالعلا النمر، مرجع سابق، ص٩٩ .

أو من وكلائهم الرسميين المفوضين ومن المحكمين، وأن يبين بما موضوع النزاع، وأسماء الخصوم، وأسماء المحكمين ، وقبولهم نظر النزاع..."، فنصت المادة على وجوب أن يكون هناك ما يدل على قبول المحكَّم لمهمة التحكيم، إلا أن بعض الشراح يرى أن نص المادة بل ونظام التحكيم برمته لم يتضمن نصاً صريحاً يدل على وجوب الكتابة، ويعلل لذلك بأن المنظم أراد إعمال القواعد العامة في الشريعة الإسلامية بالنسبة لهذا النوع من الاتفاقات. ولكون التحكيم من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد توافق إرادة أطرافها كما أنه ليس من العقود الشكلية التي يتطلب القانون لها شكلاً خاصاً لا تصح إلا به[٣].

ومبدأ وجوب كتابة عقد التحكيم[١] مختلف فيه بين الشراح، وأرى — من وجهة نظري — أن محل الخلاف ليس في الإلزام به من عدمه وإنما الخلاف هو في مدى وجوب هذا الشرط، وتوضيح ذلك كما يلي:

١- ذهب بعض الشراح إلى أن كتابة عقد التحكيم تعد شرطاً لازماً لصحة اتفاق التحكيم، ويستوي في ذلك أن تكون الكتابة رسمية أو عرفية، ويعللون لذلك: بأنه نوع من الحماية للخصوم لأن الاتفاق يتضمن تنازل الخصوم مؤقتاً عن حقهم باللجوء إلى القضاء، مما يعني تنازلهم المؤقت عن حقهم بالحماية القضائية وهو تنازل خطر بالنسبة لهم، وقد أخذ بذلك بعض قوانين التحكيم، كقانون التحكيم الأردني والفرنسي.

---

[٣] البحاد، مرجع سابق ، ص٨٣ .

[١] من المعلوم بالضرورة أن عقد التحكيم يتضمن في بند من بنوده، نص يدل على قبول المحكَّم لمهمة التحكيم وتوقيعه على ذلك.

٢- وذهب البعض الآخر إلى أن كتابة عقد التحكيم هو شرط لإثبات عقد التحكيم وليس شرطاً لازماً لصحة اتفاق التحكيم أو لانعقاده ــ بمعنى أنه يجوز أن يفصح المحكَّم عن قبوله للمهمة شفاهة، أو ضمناً من خلال ممارسته للعمل فعلاً ــ، فهو شرط ضروري لإثباته، وبناء على هذا القول لا يمكن إثبات عقد التحكيم باليمين أو بشهادة الشهود، وقد أخذ بهذا القول بعض قوانين التحكيم كقانون التحكيم الكويتي والسوري.

٣- وذهب البعض إلى أن الكتابة ليست شرطاً لإثبات التحكيم أو لصحة انعقاده، وإنما هي شرط لازم لتنفيذ الاتفاق على التحكيم الذي تم إثباته قضائياً، وهو رأي الدكتور محمد البجاد، ويرى أن نظام التحكيم السعودي أخذ بهذا ، إذ يقول في ذلك: "ومع أن الكتابة ليست شرطا لإثبات أو لصحة اتفاق التحكيم في النظام السعودي إلا أنها تعتبر شرطاً لازماً لتنفيذ الاتفاق على التحكيم الذي تم إثباته قضائياً، فقد أوجب نظام التحكيم السعودي على الأطراف أن يقوموا بصياغة وثيقة التحكيم التي يجب مصادقتها من الجهة المختصة بالفصل في النزاع، وذلك كإجراء أساسي في تنفيذ اتفاق التحكيم"[1]. قلت: وأياً كانت النتيجة فإن الكتابة ــ من وجهة نظري ــ لا بد منها كدليل مادي على قبول المحكَّم على مهمة التحكيم بغض النظر عن الطريقة التي تتم بها، سواء كانت على شكل كتاب مستقل، أو كبند من بنود اتفاق التحكيم، فالمهم وجود نص صريح يفهم منه قبول المحكَّم للمهمة مع توقيعه عليها لما في

---

[1] التحكيم في المملكة ، للبجاد ، ص٨٤ .

ذلك من قطع لسبل النزاع، وصيانة لحقوق الطرفين، بخاصة وقد توفرت الكتابة ووسائلها في الوقت الحاضر، مما يسهل عملية حصول ذلك. والله أعلم.

الفرع الثاني: التزامات المحكّم عند مباشرة مهمة التحكيم وإيضاحها في المسائل التالية:

المسألة الأولى: الالتزام بالنطاق الموضوعي للتحكيم.

فقد حدد المنظم نطاق التحكيم في المادة الثانية من النظام والذي جاء فيه: "لا يقبل التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح" وهذا الضابط هو قول الجمهور الفقهاء – كما تقدم – وهذا التحديد من قبل المنظم هو تحديد حسن، حيث جعل الأصل جواز التحكيم في كل شيء، واستثنى ما لا يقبل التحكيم فيه من المسائل، وقد حددت المادة الأولى من اللائحة التنفيذية للنظام هذه المسائل بقولها: "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح كالحدود واللعان بين الزوجين ، وكل ما هو متعلق بالنظام العام" والمسائل التي لا يجوز الصلح فيها شاملة للحدود والتعزيرات وما في حكمها مما ليس من حقوق العباد ولا يجوز لهم الصلح أو العفو فيها، ومن ذلك: اللعان وتزويج من لا ولي لها وإثبات الأنساب ونحوها. وأما مصطلح "النظام العام" فهو من أشد المصطلحات القانونية غموضاً وتعقيداً، إلا أنه يمكن القول بأنه: جميع القواعد التي تتعلق بالمصالح العامة العليا في المجتمع التي تحقق له الحماية اللازمة لاستقراره واستمراره وتحقق العدالة لأفراده . والنظام العام بهذا المفهوم قد يضيق ويتسع حسب الوقت والظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية السائدة في المجتمع.

وفي الجملة فالقضايا المتعلقة بالنظام العام تشمل القضايا المتعلقة بالمصالح العليا للمجتمع ،سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، والنظام العام قد يكون داخلياً بالنسبة لبلد معين وقد يكون دولياً يتعلق بالمصلحة العليا الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع الدولي، وما ورد في نظام التحكيم فيقصد به النظام العام الداخلي [١].

المسألة الثانية: الالتزام بالاقتصار على محل النزاع.

فيلتزم المحكَّم بالفصل في النزاع الوارد في اتفاقية التحكيم فقط، وعدم جواز تجاوزه إلى غيره فلا يقبل إضافة موضوعات أو قضايا أخرى للتحكيم الذي جرى اتفاق الأطراف على تحكيمه فيه، ولا يتجاوزها إلى نظر موضوعات أخرى، ولو كانت متفرعة عن النزاع المنظور بين يديه، إلا إذا وافق الخصم على ذلك، وجرى تعديل وثيقة التحكيم وفق ذلك، كما يجب عليه أن يلتزم بعدم إدخال شخص آخر في النزاع، أو يقبل تدخله إلا إذا سمح له اتفاق التحكيم بذلك، ورضي طرفا النزاع بذلك[١]. و لم أقف على نص في نظام التحكيم يدل على ذلك صراحة، إلا أنه يمكن الاستئناس لذلك بما نصت عليه المادة السابعة والثلاثون من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم والتي جاء فيها: "إذا عرضت خلال التحكيم مسألة أولية تخرج عن ولاية هيئة التحكيم... أوقفت الهيئة عملها، ووقف الميعاد المحدد للقرار إلى أن يصدر حكم نهائي من الجهة المختصة بالفصل في تلك المسألة العارضة" فنص المادة يشير من بعيد إلى أن عمل المحكَّم مقتصر على محل النزاع الذي فوض من أجله.

---

[١] انظر: التحكيم في المملكة، للبجاد ، ص٤٨ . ، التزامات المحكَّم، للشيخ يوسف الفراج ، مرجع سابق ، ص٧.

[١] د/زيد الزيد، مرجع سابق ، ص١٢٦ .

المسألة الثالثة: الالتزام بإدارة القضية وفقاً لأصول التقاضي: وهذا الالتزام يعتبر مبدأ عاماً يحمل في طياته جملة من الالتزامات وهي:

١- ***الالتزام بالحياد والاستقلال والنزاهة:*** والحياد هو: عبارة عن توافر صفة موضوعية في المحكَّم مستمدة من وضعه الفعلي أو القانوني، وهو يستوجب التجرد لدى التعامل مع موضوع التحكيم وينتفي الحياد عندما يحابي المحكَّم أحد الأطراف، أو يبدي رأيه مسبقاً في ذات النزاع، وأما الاستقلال فيقتضي عدم التبعية لغيره أياً كان، وإنما يحكم بما يظهر له من خلال الوقائع والأصول الشرعية والنظامية، ومن أوجب ما يلزم استحضاره في هذا الجانب، هو الاستقلال عن الخصم المحكِّم وعن رأيه ووجهة نظره والاستقلال عن رأي الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع فيما يتعلق بالجوانب الموضوعية، فلا يتأثر بتوجه أو رأي الجهة في هذا الإطار، أما الجوانب الإجرائية والشكلية والتي جعل النظام الأمر في الفصل فيها للجهة المختصة فهو ملزم برأيها حيالها [1]، وقد قرر نظام التحكيم السعودي ولائحته هذا الأصل في أكثر من مادة ومنها المادة الثانية والعشرون من اللائحة والتي نصت على أنه: "يتعين على هيئة التحكيم تمكين كل متحكم من تقديم ملاحظاته ودفاعه ودفوعه شفاهاً أو كتابة بالقدر المناسب وفي المواعيد التي تحددها"، وكذلك المادة الأربعون والتي نصت على أنه: "لا يجوز لهيئة التحكيم أثناء رفع الدعوى للتدقيق والمداولة أن تسمع إيضاحات من أحد المحتكمين أو وكيله إلا بحضور الطرف الآخر، وليس لها أن تقبل مذكرات أو مستندات دون إطلاع

---

[1] يوسف الفراج، مرجع سابق ، ص١٧ــ ١٨ .

الطرف الآخر عليها". فالمادة صريحة بمنع استماع الهيئة مجتمعةً لكلام أحد الخصوم دون الآخر، وهذا يوجب من باب أولى منع أحد المحكمين من سماع أو الالتقاء بمن اختاره من الخصوم، وهذا تكريس لمبدأ الاستقلالية عن الخصم، بل إذا حصل هذا والتقى المحكَّم بالخصم بخصوص موضوع النزاع فيلزمه التنحي، وللخصم الآخر رده لأنه صار متهماً في نظر الدعوى، ومن المسائل المتعلقة بهذه الجزئية: تحديد القدر المسموح به قبل اختيار المحكَّم للالتقاء وعرض القضية من الخصم للمحكَّم، من أجل التأكد من خبرته ومعرفته بمثل هذه القضايا، ومن المسائل أيضاً: حسن تعامل المحكمة مع الخصوم ووكلائهم، ومن معه من المحكَّمين، واستمرار التزامه بحسن السيرة والسلوك، وقد نص النظام في المادة الرابعة على أنه: "يشترط في المحكم أن يكون من ذوي الخبرة، حسن السيرة والسلوك.." وهذا الشرط وإن كان شرطاً لاعتباره محكماً ابتداءً، فهو لازم للمحكَّم حتى بعد توليه التحكيم، كما ورد في المادة الرابعة من اللائحة ما يفيد في هذا الإطار، ويوجب على المحكَّم التزام السلوك الحسن ، والأخلاق الفاضلة والابتعاد عن كل ما يخل بديانته وأمانته حيث نصت على أنه: "لا يجوز أن يكون محكماً من كانت له مصلحة في النزاع ومن حكم عليه بحد أو تعزير في جرم مخلٍّ بالشرف أو صدر بحقه قرار تأديبي بالفصل من وظيفة عامة ، أو حكم بشهر إفلاسه ما لم يكن قد رد إليه اعتباره" [1].

[1] يوسف الفراج ، مرجع سابق ، ص١٩ .

٢- الالتزام بتطبيق المبادئ القضائية كمبدأ المواجهة وحرية الدفاع والمساواة بين الخصوم واعتدال حاله. فيجب على المحكّم مراعاة المبادئ الأساسية للتقاضي ولا يجوز له أن يمنح أحد الأطراف ميعاداً لتقديم مذكرة بدفاعه مثلا ثم يمنح الطرف الآخر ميعاداً أطول أو أقصر، كما أنه لا يجوز له الاتصال بأحد الأطراف على انفراد بعد بدء الإجراءات أو مناقشة تفصيلات النزاع والادعاءات والدفوع إذ أن هذا التصرف يعتبر سلوكاً غير مقبول من المحكّم يجيز إبطال حكمه لإخلاله بالتزام جوهري وهو مبدأ المساواة بين الطرفين، كما أنه يجب أن يلتزم المحكّم بمواجهة الخصوم بعضهم بعضاً بادعاءاتهم ودفاعهم فلا يجوز للمحكّم سماع طرف إلا في مواجهة خصمه، كما يقتضي تمكين كل طرف من الاطلاع على المستندات أو المذكرات التي يقدمها خصمه، كذلك تمكين المحتكمين من فرص متساوية في تقديم أدلتهم[٢]، وقد حرصت أنظمة التحكيم ولوائح مراكز التحكيم على إعمال هذه المبادئ، ومنها نظام التحكيم السعودي، فقد نصت المادة السادسة والثلاثون على هذا المبدأ حيث جاء فيها: "على الهيئة مراعاة أصول التقاضي، بحيث تضمن المواجهة في الإجراءات وتمكين كل طرف من العلم بإجراءات الدعوى والاطلاع على أوراقها ومستنداتها المنتجة في الآجال المناسبة ومنحه الفرصة الكافية لتقديم مستنداته ودفوعه وحججه كتابة أو شفاهاً في الجلسة مع إثباتها في المحضر"، ومن المسائل المندرجة تحت هذا المبدأ ما يلي:

---

[٢] أبو العلا النمر ، مرجع سابق ، ص١٠٥ .

أ - التأكد من توفر الشروط في المتحاكمين وقد نص النظام على أحد هذه الشروط وهو الأهلية كما ورد في المادة الثانية من النظام: "ولا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف".

ب - اتخاذ كاتب من قبل الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع: وقد جاء هذا الحكم في المادة الثامنة من النظام والتي تنص على أنه: "يتولى كاتب الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع كافة الإخطارات والإعلانات المنصوص عليها في النظام"، وقد فصلت المادة التاسعة من اللائحة ذلك حيث نصت على أنه: "يتولى كاتب الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع القيام بأعمال سكرتارية هيئة التحكيم وإنشاء السجلات اللازمة لقيد طلبات التحكيم وعرضها على الجهة المختصة لاعتماد وثيقة التحكيم، كما يتولى الإخطارات والإعلانات المنصوص عليها في نظام التحكيم وأية اختصاصات أخرى يحددها الوزير المختص وعلى الجهات المختصة وضع الترتيب اللازم لمواجهة ذلك" كما وردت الإشارة إلى أعمال السكرتارية في المواد (١١) و(١٦) و(٢٧) و(٤٤) من اللائحة. وهذا يحتم على هيئة التحكيم اتخاذ هذه السكرتارية من الجهة المختصة بنظر النزاع، لأن من الإجراءات ما يتطلب صدوره من جهات رسمية، كما يحتاج إلى السرية، والإشراف على أعمال الهيئة من قبل الجهة بما لا يتعارض مع صلاحيتها.

ج- الالتزام باللغة العربية: وقد شدد المنظم على هذا المبدأ كما جاء في المادة الخامسة والعشرين من النظام والتي تنص على أن: "اللغة العربية هي اللغة الرسمية التي تستعمل أمام هيئة التحكيم سواء في المناقشات أو المكاتبات، ولا يجوز للهيئة أو المحتكمين وغيرهم التكلم بغير

اللغة العربية وعلى الأجنبي الذي لا يستطيع التكلم باللغة العربية اصطحاب مترجم موثوق به يوقع معه في محضر الجلسة على الأقوال التي نقلها"، وهو مبدأ أساس في أنظمة المملكة؛ حيث نص عليه في النظام الأساسي للحكم كما في المادة الأولى[1].

الفرع الثالث: التزامات المحكّم في مرحلة إصدار الحكم وبيانها في المسائل التالية:

المسألة الأولى: الالتزام بإصدار الحكم خلال ميعاد التحكيم.

يُقصد بميعاد التحكيم المهلة المحددة للمحكّم إصدار الحكم والتي تنتهي بانتهائها خصومة التحكيم. والأصل أن المحكّم يصدر حكمه خلال هذا الميعاد، فإذا انقضى هذا الأجل دون حسم لموضوع النزاع، فإن التحكيم ينقضي ويعتبر كأن لم يكن ويكون للخصوم بالتالي طرح النزاع من جديد أمام القضاء مالم يتفقوا من جديد على فضه بطريق التحكيم، ويعد ميعاد التحكيم من المسائل الإجرائية الجوهرية في العملية التحكيمية باعتباره "القيد الزمني" لقيام المحكّم بالفصل في خصومة التحكيم، فيجب على المحكّم مراعاة ذلك، وعدم مراعاة ذلك قد يكون لأسباب خارجة عن إرادة المحكّم مثل تعقيد القضية وعدم استيفاء إجراءات التحقيق أو تأخر الخصوم في تقديم المستندات ومذكرات الدفاع، وفي مثل هذا الفرض لا تثور إطلاقاً مسئولية المحكّم عن الإخلال بهذا الالتزام، ولكن إذا كان المحكّم لم يحترم ميعاد التحكيم بدون أي مبرر عملي أو قانوني للتأخير وإنما لمجرد انشغاله وعدم تفرغه لمهمة التحكيم فلاشك أن المحكّم يكون قد أخل بالتزامه وهو الأمر الذي يضعه تحت طائلة المسؤولية لتعويض ما أصاب

---

[1] يوسف الفراج ، مرجع سابق ، ٢٣

الخصوم من ضرر، وقد ورد في نظام التحكيم السعودي العديد من المدد والتي لها تعلق بجملة من الإجراءات وبيانها كالتالي:

أولاً : المدد المتعلقة بإصدار الحكم في القضية: لم ينص نظام التحكيم على تحديد مدة معينة للحكم في القضية كما لم يترك تحديد ذلك لهيئة التحكيم، بل توسط في ذلك فترك التحديد لطرفي النزاع في وثيقة التحكيم، على اعتبار أن المتحاكمين هما من عينا هذه الهيئة، فجعل لهما الحق في تحديد بعض إجراءاتها كما أن لكل قضية ظروفها وملابساتها فترك الأمر للوثيقة أنسب، وهذا تأكيد لأهمية هذه الميزة وهي: "سرعة البت في القضية" حيث أسند تحديد ميعاد الحكم في القضية لأصحاب العلاقة، وقد عالج النظام هذه المسألة في المادة التاسعة حيث نصت على أنه: "يجب الحكم في النزاع في الميعاد المحدد في وثيقة التحكيم ما لم يتفق على تمديده"، و لم يحدد النظام حداً أعلى أو أدنى للميعاد ولكن يمكن الاستئناس بما ورد في المادة كمؤشر في تحديد الميعاد، حيث عالجت المادة صورة أخرى وهي: "وإذا لم يحدد الخصوم في وثيقة التحكيم أجلاً للحكم وجب على المحكمين أن يصدروا حكمهم خلال تسعين يوماً من تاريخ صدور القرار باعتماد وثيقة التحكيم" ولأهمية هذا الأمر وتأثيره على إجراءات التحكيم فقد جعل النظام الحق للمتخاصمين في الاعتراض أمام الجهة المختصة بنظر النزاع على عدم الحكم في القضية في الوقت المحدد في الوثيقة، أو تجاوز التسعين يوماً في حال عدم تحديد الميعاد في الوثيقة حيث نصت المادة بعد ذكر ما سبق: "وإلا جاز لمن شاء من الخصوم رفع الأمر إلى الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع لتقرر إما النظر في الموضوع، أو مد الميعاد لفترة أخرى"

فيتضح مما سبق أن ميعاد الحكم في القضية يعود للمتخاصمين ويتم النص عليه في وثيقة التحكيم، ويجب الحكم خلال هذه المدة ويُفترض أن لا يتجاوز المدة المنصوص عليها لكن هل يمكن مد ميعاد الحكم في القضية ؟ لقد أجاب النظام عن هذا التساؤل، حيث حدد الصور التي يجوز فيها مد الميعاد وشروط ذلك وهي كالتالي:

أ- مد الميعاد بناء على اتفاق أصحاب العلاقة على ذلك: حيث أجاز النظام للمتحاكمين الاتفاق على مد الميعاد ولم يحدد مدة أو عدد المرات في ذلك، وهو أمر متصور ومقبول لكونهم أصحاب العلاقة وهم من حدد المدة ابتداءً وقد جاء ذلك في المادة التاسعة حيث نصت على أنه: "يجب الحكم في النزاع في الميعاد المحدد في وثيقة التحكيم ما لم يتفق على تمديده".

ب – مد الميعاد بناء على تقرير الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع: حيث أجاز النظام لها مد ميعاد الحكم في حال لم يتم الحكم في القضية في الوقت المحدد لها وطلب الخصوم أو أحدهم من الجهة النظر في ذلك، وجاء نص المادة في ذلك كالتالي: "... وإلا جاز لمن شاء من الخصوم رفع الأمر إلى الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع لتقرر إما النظر في الموضوع، أو مد الميعاد لفترة أخرى".

ج – مد الميعاد بقوة النظام : وقد ورد في النظام حالتان يتم فيها مد الميعاد بقوة النظام وهما: الأولى: ما ورد في المادة الثالثة عشرة والتي نصت على أنه: "لا ينقضي التحكيم بموت أحد الخصوم وإنما يمد الميعاد المحدد للحكم ثلاثين يوماً مالم يقرر المحكمون تحديد المدة بأكثر من

ذلك" ويلاحظ هنا أن النظام جعل للمحكمين الحق في تمديد المدة، وهذا لمراعاة ما يتعلق بإكمال الأوراق بعد وفاة أحد الخصوم، فقد يتطلب الأمر مدة طويلة فلا تكفي مدة الثلاثين يوماً، ومع ذلك فقد عبر النظام في هذا الشأن بقرار المحكمين. أما الثانية: ما ورد في المادة الرابعة عشر: " إذا عين محكم بدلا عن المحكم المعزول أو المعتزل امتد الميعاد المحدد للحكم ثلاثين يوماً" فيقرر هذا النص مد الميعاد المحدد بصدور الحكم لمدة ثلاثين يوما في حالة زوال صفة المحكَّم، بعزله أو اعتزاله.

د- مد الميعاد بقرار من المحكمين: ويتم ذلك في صورتين: الأولى: سبقت الإشارة إليها، وهي الزيادة على الثلاثين يوما في حالة الوفاة. وأما الثانية فهي: إذا كان هناك ما يوجب مد الميعاد، ولابد أن يُصدر المحكمون قراراً مسبباً في ذلك، نصت على ذلك المادة الخامسة عشر والتي جاء فيها: "يجوز للمحكمين بالأغلبية التي يصدر بها المحكم وبقرار مسبب مد الميعاد المحدد للحكم لظروف تتعلق بموضوع النزاع" ولم يحدد النص ما المقصود بالظروف المتعلقة بالنزاع التي تعطي الحق للمحكمين بتمديد ميعاد صدور الحكم، كما أنه لم يضع معياراً ثابتاً يمكن من خلاله تحديد الحالات التي يجوز للمحكمين فيها تأجيل ميعاد صدور الحكم ، وقد كان من الأولى صنيع ذلك، أو على الأقل إعطاء أمثلة على مثل هذه الظروف للقياس عليها وسد الباب أمام أي تمديد، قد يكون المقصود منه إطالة أمد الفصل في النزاع، كما يجب ملاحظة أنه ونحن أمام هذه الصلاحية للمحكَّم فيجب أن تكون أسباب التمديد منطقية لأن عدم منطقية الأسباب ــــ والتي بناء عليها مُدَّ ميعاد صدور الحكم ــــ تكون سببا من أسباب الطعن

التي يمكن إبداؤها على الحكم في حالة صدوره بالرغم من سلطة المحكَّم في هذا المجال، وذلك لمخالفة من قام بإصداره لما ينص عليه نظام التحكيم من كون الأسباب منطقية.

ومما سبق يظهر أن المنظم سعى إلى تحديد مدد ميعاد الحكم في القضية وكيفية مد هذا الميعاد وموجباته، وهذا نظر إلى إحدى مقاصد الحكم وهو المسارعة في البت في القضية، إذ أنها من المقاصد الأساسية للتحكيم، والتي توجب على المحكَّمين مراعاة أحكامها والالتزام بها، كما أن من مظاهر ذلك أيضاً: تحديده المدد بالأيام دون الشهور، كما ورد في المادة التاسعة: "تسعين يوماً" والمادة الثالثة عشرة والرابعة عشرة: "ثلاثين يوماً" ونحوها من المواد، وهذا يؤكد توجه المنظم بهذا الخصوص، وكذلك منعه تأجيل نظر الدعوى لغير عذر وهو ما نصت عليه المادة الواحدة والعشرون من اللائحة بقولها: "لا يجوز بغير عذر مقبول تأجيل نظر الدعوى أكثر من مرة لسبب واحد يرجع إلى أحد الخصوم"، أيضاً نصه على ضرورة تحديد موعد لإصدار الحكم بعد قفل باب المرافعة كما نصت على ذلك المادة الثامنة والثلاثون من اللائحة بقولها: "... وتحدد الهيئة عند قفل باب المرافعة موعداً لإصدار القرار أو في جلسة أخرى مع مراعاة أحكام المواد (٩و١٣و١٤و١٥) من نظام التحكيم".

ثانياً : المدد المتعلقة بإيداع الأحكام الصادرة من المحكمين: أوجب النظام على المحكمين إيداع الأحكام الصادرة منهم وكذلك الأحكام الصادرة بإجراء من إجراءات التحقيق، لدى الجهة المختصة بنظر النزاع خلال خمسة أيام، يدل لذلك نص المادة الثامنة عشرة من النظام والتي نصت على أنه: "جميع الأحكام الصادرة من المحكمين ولو كانت صادرة بإجراء من

إجراءات التحقيق يجب إيداعها خلال خمسة أيام لدى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع"

ثالثاً: تحديد ميعاد الجلسات[١]: وقد ألزم النظام هيئة التحكيم بتحديد ميعاد الجلسة الأولى فجاء في المادة العاشرة من اللائحة ما نصه: "على هيئة التحكيم أن تحدد ميعاد الجلسة التي ينظر فيها النزاع خلال مدة لا تجاوز خمسة أيام من تاريخ إخطارها بقرار اعتماد وثيقة التحكيم، وإخطار المحتكمين بذلك عن طريق كاتب الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع"[٢].

المسألة الثانية: الالتزام بتسبيب الحكم: ويعد هذا الالتزام من الالتزامات الجوهرية التي تقع على المحكَّم، وعدم تسبيب الحكم يترتب عليه بطلانه ومرجع ذلك أن حكم التحكيم يخضع من حيث الشكل ـــ كقاعدة عامة ـــ لشكل الأحكام القضائية، ومن ثم فإنه يتعين أن يكون حكم التحكيم مسببا، والمحكَّم يلتزم من خلال التسبيب أن يوضح صحة استخلاصه للوقائع وصحة تكييفها وترتيب الآثار القانونية عليها، والتزام المحكم بالتسبيب يدفعه إلى بذل أقصى جهده في فحص النزاع حتى يقتنع بما انتهى إليه في حكمه ويقنع أيضا الأطراف والغير، ولا يكفي في هذا لشأن بمجرد الإشارة إلى القواعد القانونية التي استند عليها المحكَّم وإنما يتعين عليه أن يورد الوقائع التي تبرر إعمال هذه القواعد وكيفية إعمال القواعد القانونية عليها، وقد نص نظام التحكيم على هذا المبدأ حيث نصت المادة السابعة عشرة على أنه: "يجب أن تشتمل وثيقة الحكم بوجه خاص على وثيقة التحكيم، وعلى ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم

---

[١] آثرت ذكره في هذا المقام وإن كان الأولى ذكره ضمن الالتزامات التي يلتزم بها أثناء مباشرة المهمة، لكن ذكرته هنا لمناسبة الموضوع

[٢] راجع في جميع ما سبق: ميعاد التحكيم ، أبو العلا النمر، ص٥ ؛ وأبو العلا النمر، مرجع سابق ، ١٠٦؛ البحاد، مرجع سابق، ص٢١٢ـــ ٢١٤ ؛ يوسف الفراج، مرجع سابق، ص٩ـــ ١٤.

وأسباب الحكم ومنطوقه"، كما نصت على ذلك المادة الحادية والأربعون والتي جاء فيها: "... ويتم تحرير القرار مشتملاً على... وأسباب القرار ومنطوقه" فيجب على المحكَّم تسبيب الحكم حتى ولو كان التحكيم بالصلح وإلا اعتبر الحكم باطلاً بطلاناً مطلقاً، ونظام التحكيم لم يفرق بين التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح، إلا في وجوب إصدار الحكم بالإجماع في التحكيم بالصلح، بينما تطلب رأي الأغلبية لصدور الحكم في حالة التحكيم بالقضاء[1].

المسألة الثالثة : الالتزام بإصدار الحكم بالأغلبية. يتم إصدار الحكم التحكيمي في حالة كون من قام بالفصل في النزاع محكماً واحداً، بناء على قناعة هذا المحكَّم ورأيه الشخصي ويعتبر حكمه باطلاً ويتحمل مسئوليته إذا ما قام بأخذ رأي غيره أو أشركه في المداولة معه[2]، أما إذا تم الفصل في النزاع من قبل هيئة تحكيم ففي هذه الحالة يجب أن يصدر الحكم بأغلبية الآراء إذا كان تحكيماً بالقضاء، أما إذا كان تحكيماً بالصلح فيجب أن يتم صدور الحكم بالإجماع وفقاً لنص المادة السادسة عشرة والتي جاء فيها: "يصدر حكم المحكمين بأغلبية الآراء وإذا كانوا مفوضين بالصلح وجب صدور الحكم بالإجماع".

المسألة الرابعة : الالتزام بإصدار الحكم وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية.

فيجب على المحكَّم عند إصداره للحكم أن يتأكد من توافق حكمه وأحكام الشريعة الإسلامية، وكذلك توافقها مع الأنظمة المرعية ، وهذا المبدأ متعين في حق الأحكام القضائية وقد نص على ذلك النظام الأساسي للحكم، وبالتالي فإن هذا النص يعتبر من النصوص الملزمة

---

[1] راجع : البحاد ، مرجع سابق ، ص٢٢١ ؛ أبو العلا النمر ، مرجع سابق ، ص١٠٩ .

[2] البحاد ، مرجع سابق ، ص٢٠٧ .

والتي لا يصح الاتفاق على خلافها ، وتتعرض للبطلان عند مخالفتها لهذا المبدأ، وقد نص نظام التحكيم على ذلك حيث نصت المادة التاسعة والثلاثون على أنه: "يصدر المحكمون قراراتهم...، وتكون قراراتهم بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية"

المسألة الخامسة: الالتزام بتصحيح ما وقع في الحكم من أخطاء مادية:

ويقصد بالأخطاء المادية: الأخطاء الكتابية الشكلية المتعلقة بتحرير الحكم، ولا يشمل تصحيح الأخطاء المادية الطريقة التحليلية الموضوعية التي اتبعها المحكمون بالنسبة لوقائع القضية للوصول إلى قرارهم النهائي في التراع، ويتولى المحكمون تصحيح ما ورد في حكمهم من أخطاء مادية، إما بناء على طلب الخصم أو أحدهم أو من تلقاء أنفسهم، عندما يتضح لهم الخطأ المادي بعد توقيعهم للحكم وإبلاغ الخصوم به، وليس للمحكمين صلاحية رفض طلب الخصوم أو أحدهم بتصحيح الخطأ الوارد في الحكم، إلا إذا كان هذا الطلب في غير محله كأن يعتقد مقدم الطلب وجود هذا الخطأ[1]، وقد نصت المادة الثانية والأربعون من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم على هذا الالتزام، إذ جاء فيها: "مع عدم الإخلال بأحكام المادتين (١٨و١٩) من نظام التحكيم تتولى هيئة التحكيم تصحيح ما يقع في قرارها من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد المحتكمين من غير مرافعة ويجري هذا التصحيح على نسخة القرار الأصلية ويوقعه المحكمون".

---

[1] البحاد ، مرجع سابق ، ص٢٢٣ .

المسألة السادسة: الالتزام بالنطق بالحكم. يعتبر النطق بالحكم في جلسة علنية إجراءاً لازماً يجب على المحكّم القيام به في جلسة محددة لهذا الغرض ، وإلا تعرض حكمه للبطلان لمخالفة ما نصت عليه المادة الحادية والأربعون من اللائحة التنفيذية والتي جاء فيها: "... وينطق رئيس هيئة التحكيم بالقرار في الجلسة المحددة".

الفرع الرابع: التزامات عامة. وبيانها في المسائل التالية:

المسألة الأولى: *الالتزام بعدم تفويض السلطة المخولة له: إن* اختيار الأفراد لشخص معين يتولى حل نزاع قائم بينهما يقوم على اعتباراتٍ شخصية تتمثل في الثقة في هذا الشخص وعدالته ومن ثم يكون من الطبيعي أن تكون شخصية المحكّم محل اعتبار لدى المحتكمين، وعلى هذا الأساس لا يجوز للمحكم أن يخذل الأطراف ويترك الفصل في النزاع لشخص آخر لا يعرفه الخصوم، ولذلك فإن الأصل هو عدم جواز تفويض المحكّم غيره في أداء المهمة الموكلة إليه[٢]، وهذا الالتزام لم يرد النص عليه في نظام التحكيم السعودي وكما هو الشأن في معظم أنظمة التحكيم الأخرى، إلا أنه يمكننا القول أن هذا المبدأ وهو عدم جواز التفويض تفرضه طبيعة التحكيم، ومما هو معلوم أن صدور الحكم من ذات المحكّم هو من المبادئ الأساسية لأن طبيعة المهمة التي يقوم بها المحكّم هي طابع شخصي بحت، وبالتالي يجب على المحكّم الالتزام بعدم تفويض التحكيم إلى الغير، ويستثنى من ذلك مسألة استفسار المحكّم لأهل الخبرة في مسألة لها تعلق بالنزاع فإن رأي الأخير لا يعد حكماً وإنما هو مجرد إبداء رأي. والله أعلم

---

[٢] أبو العلا النمر ، مرجع سابق ، ص١١٢ .

المسألة الثانية: *الالتزام بالسرية.* من المميزات الرئيسية التي تشجع على اللجوء إلى التحكيم طابع السرية الذي يهيمن على أسلوب حل النزاع وهو الأمر الذي ينشده المتعاملون في شتى المجالات ولذلك يلتزم المحكَّم بالمحافظة على سرية المعلومات التي اطلع عليها أثناء نظر القضية، لأنه مؤتمن حال نظره الدعوى، كما أن في إفشائها ضرراً على الخصوم ويمتد نطاق هذا الالتزام ليشمل كل ما يتعلق بالمداولات والمستندات والأحكام وما إلى ذلك، وهذا الالتزام يمتد إلى ما بعد إصدار الحكم، ولم يتم النص على هذا الالتزام في نظام التحكيم السعودي صراحة، إلا أنه يمكن الاستئناس لذلك بما ورد في المادة العشرين من اللائحة والتي نصت على أنه: "تنظر الدعوى أمام هيئة التحكيم بصفة علنية إلا إذا رأت الهيئة بمبادرة منها جعل الجلسة سرية أو طلب ذلك أحد المحتكمين لأسباب تقدرها الهيئة".

المسألة الثالثة: *التزام المحكَّم بالمحافظة على المستندات المقدمة إليه في خصومة التحكيم.*

وهو معلوم بداهة حيث يجب على المحكَّم أن يحافظ على المستندات من الضياع أو السرقة وكذلك تتطلب هذه المحافظة عدم السماح لأحد — سوى من له مصلحة في ذلك — بالإطلاع عليها، وتكمن أهمية هذا الالتزام بما له من أثر على نفوس المتحاكمين وتعاملهم مع المحكَّمين، حيث أن المحكَّم حينما يعلم أن مستنداته سوف تكون بأيدٍ أمينة، ويتأكد أنها لن تقع في أيدي أناس أجانب سوف يقدم كل ما لديه بكل ثقة وراحة بال.

المسألة الرابعة: *التنحي عن القضية عند حصول موجبه.*

ويقصد به: انسحاب المحكَّم من القضية إذا ظهر ما يوجب ذلك من موجبات الرد والمنع، كظهور عداوة بينه وبين الخصوم أو تبين وجود قرابة مانعة للنظر في القضية وغير ذلك، والتنحي لازم للمحكَّم إذا حصل موجبه، وذلك لأنه يقوم بأعمال تؤثر فيها هذه الأسباب، وهو مطالب بالعدل والإنصاف والبعد كل البعد عن الحيف وكل ما من شأنه أن يخدش جوهر الإنصاف، وقد أشار نظام التحكيم إلى هذا المبدأ بشكل غير مباشر حيث نصت المادة الرابعة على أنه: "لا يجوز أن يكون محكماً من كانت له مصلحة في النزاع" وذلك لحصول التهمة في المحكَّم وهذا سبب من أسباب رد المحكَّم ويُقاس على هذه الصورة ما يشابهها مما هو من جنسها، فالمحكَّم في هذه المادة ممنوع من النظر في القضية، ويلزمه في حال سُمِّي محكماً أن يتنحى عن نظر القضية، ويرتبط بهذا ضرورة إفصاح المحكَّم حين تسميته عما يكون من شأنه التأثير على حيدته، كأن تكون هناك علاقة عمل أو قرابة ونحوها مع أحد الخصوم، وقد ورد في نظام المرافعات الشرعية أحكام وإجراءات التنحي المتعلقة بالقضاة كما ورد في المادة الثالثة والتسعين والتي جاء فيها: "ولا يجوز للقاضي الامتناع من القضاء في قضية معروضة عليه إلا إذا كان ممنوعاً من نظر الدعوى أو قام به سبب الرد، وعليه أن يخبر مرجعه المباشر للإذن له بالتنحي ويثبت هذا كله في محضر خاص يحفظ في المحكمة"، وجاء في المادة الرابعة والتسعين: "إذا قام بالقاضي سبب للرد و لم يتنح جاز للخصم طلب رده" وفيما يخص المحكمين فيمكن الاستفادة من هذه النصوص النظامية لإيضاح الإجراءات المتعلقة بهم، وتجدر الإشارة هنا إلى أنه إن كان سبب الرد والتنحي معلوماً للمحكَّم بمعنى أنه حادث قبل الاختيار فعليه الامتناع

من نظر القضية، ويلزمه الإفصاح عن ذلك، وأما إن حدث موجب التنحي أو ظهر بعد الاختيار فهنا يلزمه التنحي، وذلك بإخبار الخصوم بذلك، فإن حصل الاتفاق على تنحيته فهو كاف وإلا رفع الأمر إلى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع للفصل في ذلك[1].

المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه والنظام:

من خلال العرض السابق لالتزامات المحكَّم في الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء ــ رحمهم الله ــ ذكروا جملة من الالتزامات ورتبوا الأحكام على مخالفتها، فمما ذكروه في ذلك: وجوب التزام المحكَّم بالحياد والاستقلال ووجوب تطبيق المبادئ القضائية في عملية التحكيم، والالتزام بالنطاق الموضوعي للتحكيم وكذلك المدة المحددة، مع عدم السماح للمحكَّم بتفويض الحكم إلى الغير إلا بعد رضا الخصوم، وكون الحكم الصادر منه مسبباً وموثقاً ووفق أحكام الشريعة الإسلامية، وفي المقابل من ذلك نجد أن الالتزامات التي نص عليها نظام التحكيم السعودي تتوافق إلى حد كبير مع ما ذكره الفقهاء ، فنجد فيما يتعلق بمسألة الالتزام بالنطاق الموضوعي للتحكيم، أن الفقهاء أوجبوا على الحَكَم الالتزام بذلك، ونصوا على أن مخالفته لهذا المبدأ يوجب البطلان لحكمه، ويجعله مستحقاً للتأديب، إلا أن البعض منهم أشار إلى إمكانية صحة ذلك وإنفاذه بعد رضا الخصوم وموافقة الحُكم الصواب، في حين نجد أن المنظم في نظام التحكيم نص على عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ورتب على مخالفة ذلك بطلان الحكم، وهنا نجد أن الفقه الإسلامي كان أكثر مرونة في التعاطي مع مسألة تجاوز

---

[1] يوسف الفراج ، مرجع سابق ، ص٢١ .

المحكَّم لنطاق التحكيم، وعلى أية حال فنظام التحكيم موافق لمسلك الفقه الإسلامي في مسألة التزام المحكَّم لنطاق التحكيم وكذلك فيما يتعلق بوجوب الاقتصار على محل النزاع.

وفيما يتعلق بمسألة الإفصاح عن حال الحكم قبل تولي مهمة التحكيم نجد أن النظام شدد على أهمية كون المحكَّم يتمتع باستقلال تام عن كل الأطراف وأهمية انتفاء التهمة، أما الفقهاء فقد كانوا أكثر دقةً وتفصيلاً حيال هذا الأمر فنصوا على وجوب انتفاء التهمة في التحكيم إلا أنه في المقابل ذكر بعضهم جواز الحكم في حالة وجود مانع من الموانع بعد رضا الخصوم بذلك، وفيما يتعلق بوجوب إثبات قبول المحكَّم لمهمته: نجد أن المنظم نص على ذلك وأراد بذلك تفادي المنازعات، وهو جارٍ مع روح الشريعة إذ أن مقصود الشريعة حماية حقوق الناس والحرص على مصالحهم ثم إن أكثر الفقهاء استحبوا الإشهاد على التحكيم من أجل قطع المنازعات ولئلا يجحد المحكوم عليه الحكم، ولا شك أن تحقق مثل ذلك كتابةً هي من البينة التي تثبته لاسيما ونحن في زمن معقد والذمم فيه مختلفة، ووسائل الكتابة فيه ميسرة وكثيرة ويمكن التثبت من صحتها بدقة ويسر، وفيما يتعلق بالتزام المحكَّم بالمدة المحددة له نجد أن النظام تناول هذه المسألة من جانبين، الأول: أن يتم تحديد المدة من قبل الخصمين:

وفي هذه الحالة نص النظام على وجوب التزام المحكَّم بهذه المدة وفي حالة عدم الالتزام بذلك وانتهاء المدة المحددة، فنجد أن المنظم نص على أنه في هذه الحالة يرفع الأمر للجهة المختصة لتقرير فسخ العقد عند طلبهما والنظر في الموضوع، أو مد الميعاد لفترة أخرى، وعند استظهار موقف الفقه الإسلامي في هذه المسألة نجد أن بعض الفقهاء كالحنفية يجيزون للخصوم تولية

المحكّم مدة مطلقة أو محددة، وفي حالة كون التحكيم محدداً بمدة وانتهت فإن المحكّم ينعزل وينتهي التحكيم، لكن لو مُد زمن التحكيم باتفاق الأطراف جاز ذلك، لأنه كالتولية الجديدة. الجانب الثاني: في حالة عدم النص في العقد على مدة معينة فإن الحكم يصدر خلال تسعين يوماً من تاريخ صدور قرار اعتماد وثيقة التحكيم ، وهذا موافق لأصول الشريعة، حيث أنه لا بد من مدة ينتهي التحكيم إليها أحل التحكيم منعاً للضرر على الطرفين أو أحدهما ومن الأصول المؤيدة لهذا المعنى قوله ﷺ : (لا ضرر ولا ضرار)، وأما ما يتعلق بتحديد المدة بتسعين يوماً فهو أمر احتهادي وتحديد ولي الأمر لذلك هو من باب التنظيم وهو أمر معتبر، فكما أن المحكّم المجاز من القاضي نائب عنه، وللقاضي إلزام المحكّم بمدة، فكذلك هنا، والنظام أوجب على المحكمة المختصة اعتماد وثيقة التحكيم فيكون ذلك منها بمثابة إجازة للمحكّم إذ لا ضير، وفيما يتعلق بنص النظام على وجوب إصدار الحكم بالأغلبية عند الحكم بالقضاء، وبالإجماع عند الحكم بالصلح، فهذا أمر سائغ شرعاً وقد ذكر بعض الفقهاء جواز ذلك لكون التحكيم كالصلح فكما يجوز للمصلحين إصدار الحكم بالأكثرية فكذلك في التحكيم، بل ويرى البعض إلزامية الأخذ بالأغلبية سواء رضي الخصوم بذلك أم لم يرضوا، وسواء أذنوا بالحكم بالأغلبية أم لم يأذنوا، وعلل لذلك: بأن هذا الأمر هو ما جرى عليه العمل عند تعدد القضاة واشتراكهم في نظر القضية فإذا كان هذا الأمر متحققاً في القضاء فكذلك التحكيم، واستدل أيضاً بأن النبيﷺ في غزوة أحد نزل على رغبة أصحابه وهم أكثر

الناس مع أن رأيه يخالف ذلك إذ أنه يرى القتال داخل المدينة[1]، فما ذهب إليه النظام من ضرورة صدور الحكم بالأغلبية سائغ شرعاً، وفيما يتعلق بوجوب صدور الحكم بالإجماع في حالة التحكيم بالصلح فهو سائغ وقد تقدم بيان رأي الفقهاء في التحكيم بالصلح[2] وخلاصة القول أن الفقهاء يرون أن المحكّم بالصلح هو وكيل وإذا تعدد الوكلاء فليس لأحدهم الانفراد بالتصرف مالم يصرح له بذلك. والله أعلم.

المبحث الثالث: سلطات المحكّم:

بعد أن ذكرنا ما على المحكّم من التزامات تعاقدية وقضائية تقع على عاتقه ويلتزم بها، وما قد يترتب على الإخلال بهذه الالتزامات من مسؤولية وما قد يترتب على قيام هذه المسؤولية من جزاء، ناسب أن نذكر هنا ما هي السلطات التي يتمتع بها المحكّم إن بالسلب أو بالإيجاب، والتي يكون تصرفه بموجبها صحيحاً، وبالتالي يكون في معزل عن سيف المسؤولية، وما هي حدودها ؟ وما ليس للمحكّم فعله. وإليك بيان ذلك في المطالب الآتية:

---

[1] وهو رأي شيخنا : الشيخ عبدالله بن سعد آل خنين ، انظر : التحكيم في الشريعة الإسلامية : ص١٠٨ .

[2] انظر ذلك على صفحة : ٥٧ من هذا البحث .

المطلب الأول: سلطات المحكَّم في الفقه:

للمحكَّم أن يسمع الدعوى كاملة، وله أن يطلب من الخصوم تحريرها، كما أن له استجواب الخصوم عن كل ما يكتنفه الغموض في موضوع الدعوى، وله سماع البينة، وسماع الطعن فيها، وإثباته، وتعديلها، وله طلب المستندات اللازمة والتي لها تعلق بالدعوى، وتحديد مواعيد الجلسات، والاستعانة بخبير إذا اقتضى الأمر، والحكم في القضية بحكم نهائي وذلك أن وظيفة المحكَّم كالقاضي فيما يحكم فيه[1]، وللمحكَّم الإلزام بما حكم به سواء في حق الخصوم أو في موضوع النزاع، جاء في المادة (١٨٤٨)من مجلة الأحكام العدلية مانصه: "كما أن حكم القضاة لا زم الإجراء في حق جميع الأهالي الذين في داخل قضائهم كذلك حكم المحكمين لازم الإجراء على الوجه المذكور في حق من حكمهم وفي الخصوص الذي حكموا به. فلذلك ليس لأي واحد من الطرفين الامتناع عن قبول حكم المحكَّمين..."[2]، ولكن هل للحكم سلطة الصلح بين المتخاصمين ؟ ذكر بعض العلماء: أن للحكم إجراء الصلح بين المتخاصمين إذا فوض بذلك، فمتى ما رضي الخصوم بذلك فله إجراء الصلح، لكن ليس له الصلح من دون تفويض له بذلك، ومما ورد بهذا الخصوص ما نصت عليه المادة (١٨٥٠) من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "إذا أذن الطرفان المحكمين اللذين أذناهما في الحكم توفيقاً لأصوله المشروعة بتسوية الأمر صلحاً إذا نسبا ذلك فتعتبر تسوية الحكمين الخلاف صلحاً..."[3]،

---

(1) راجع : آل خنين ، مرجع سابق ، ص١٢٣ ؛ زيد الزيد ، مرجع سابق ، ص١٣٠ .

(2) علي حيدر ، مرجع سابق ، ٤/٧٠١ .

(3) المرجع السابق ، ٤/٧٠٣ .

ووجه جواز إجراء الصلح بين المتخاصمين بعد رضاهما هو أن الصلح عقد وهو مبني على التراضي، ثم إن المحكَّم كما أسلفنا كالقاضي فكما أن للقاضي عرض الصلح على الخصوم فكذلك هنا إلا أن المحكَّم لا يقوم بالصلح إلا بناء على طلب الخصوم. والله أعلم

ومن السلطات الممنوحة للمحكَّم أيضاً: رد شهادة من لم تثبت شهادته عنده، لأنه لا يحكم إلا بالبينة الصحيحة كالقاضي، وله القضاء بالنكول والإقرار، لأنه حكم موافق للشرع[1] وهناك سلطات اختلف الفقهاء في مدى ثبوتها للمحكَّم وهي كالتالي:

١- إحضار الخصوم: يرى أكثر الفقهاء أنه ليس للحكم إجبار الخصوم على الحضور بواسطة أعوانه، بل إذا توجه إجبار الخصم على مواصلة نظر القضية تحكيماً فللحكم الكتابة بذلك إلى ذي الولاية المختص بالإحضار لإحضاره؛ لأن إحضاره عن طريق الوالي أحوط؛ لما فيه من الالتزام بطرق الإحضار المناسبة؛ وعدم الافتيات على الإمام[2].

٢ - سلطة تأديب من أساء في مجلسه: وقع الخلاف بين الفقهاء في مدى أحقية المحكَّم في تأديب الخصم الذي تصدر منه إساءة في مجلس الحكم. فأكثر الفقهاء على أن ليس للحكم تأديب من أساء في مجلسه، لأنهم يرون أن ذلك من اختصاص القاضي كونه صاحب الولاية العامة، ثم إن المحكَّم غايته الإثبات والحكم[3]، وخالف بعض المالكية في ذلك حيث نص على أن: للحكم تأديب من أساء في مجلس الحكم، وعلل لذلك: أن مترلة المحكَّم بين الخصمين

---

(1) العناية شرح الهداية ، ٣٢٠/٧ ؛ نصب الراية ، للزيلعي ، ٥/ ؛ وفتح القدير ، ٣١٩/٧ .

(2) آل خنين ، مرجع سابق ، ص١٢٣.

(3) الشروط الصغير ، للطحاوي ، ٧٧٨/٢ ؛ الفتاوى الفقهية ، لابن حجر ، ٣١٢/٤ .

كمنزلة القاضي بين المتقاضين ، فله تعزير الخصوم كما للقاضي، وقد جاء في الشرح الصغير ما نصه: "... وجاز لحاكم أو محكم تعزير خفيف...، لا تعزير ثقيل..." [1]., والذي يظهر أن للحكم تأديب من أساء في مجلسه باللوم والتوبيخ فقط، كونهما من العقوبات اليسيرة، والزجر عنها ناجز، أما ما زاد على ذلك فهو ممنوع منه، فليس للحكم مثلاً سجن الخصم كما هو مرخص للقاضي، وكل ما فيه خطر، وعليه فيجب أن يترك ذلك للقضاة[2].

٣- سلطة الحبس: نص جمهور الفقهاء على أن ليس للمحكّم الحبس، لأنه حينئذٍ يكون مضاهياً للقاضي، وهو ممنوع من مضاهاته، ثم إن ذلك يخرم أُبّهة الولاية[3]، يقول ابن حجر[4]: " والمحكم ليس له شيء من ذلك لأن ذلك يخرم أبهة الولاة ومن ثم لم يجز له أن يهيئ حبسا لأنه حينئذ يكون مضاهيا للقاضي وهو ممنوع من مضاهاته"[5]. والذي يظهر أنه ليس للحكم الحبس لأن غايته الإثبات.

٤ – سلطة إيقاع الجزاء: مما لا خلاف فيه أنه ليس للحكم أن يحكم في العقوبات كما تقدم وإذا حكم في شيء منها لا ينفذ، وذكر بعض المالكية أنه إذا حكم بحق في المسائل الممنوع

---

[1] حاشية الصاوي على الشرح الصغير ، للصاوي ، ٢٠٢/٤ ؛ و الشرح الصغير ، ٣١٠/٣ .

[2] آل خنين ، مرجع سابق ، ص١٢٦ .

[3] البحر الرائق ، ٢٨/٧ ؛ مغني المحتاج ، ٣٧٩/٤ ؛ الإنصاف ، ٣٢٧/٢٨ .

[4] هو: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي وقيل الهيثمي المكي الأنصاري ، برع في شتى العلوم، كعلم الفقه والحديث واللغة ونحوذلك، فقيه شافعي ورع، من مؤلفاته: الفتاوى الفقهية، توفي سنة: ٩٧٣هـ؛ انظر : شذرات الذهب :٣٧٠/٨ .

[5] الفتاوى الفقهية ، ٢٩٠/٤ .

منها فإن حكمه ينفذ وقد تقدم بيان كل ذلك[1]، لكن لو حكم في الأموال، كإجبار مشترٍ على تسليم الثمن، أو إجبار البائع على تسليم المبيع، أوحكم بالدية ونحو ذلك، وكذلك لو حكم بالجلد وما إلى ذلك فهل للمحكّم سلطة في إيقاع ما حكم به؟ الذي يظهر من كلام الفقهاء ــ رحمهم الله ــ أنه ليس للحكم إيقاع ذلك وأن مهمته تنتهي بمجرد الحكم في القضية وإبداء رأيه فيها، قالوا: لأن التنفيذ يحتاج إلى قوة وهيبة، ثم إن التنفيذ من اختصاص السلطان، فلا يتعدى عليه فيما هو من اختصاصه، فلا بد أن يقوم من له ولاية بذلك[2].

٥- الحكم بعلمه: هل للمحكّم أن يحكم بعلمه؟ ذهب جمهور الفقهاء إلى أن ليس للحكم أن يحكم بعلمه وهو رأي بعض الحنفية جاء في البحر الرائق: "وظاهره أنه لا يحكم بعلمه"[3]، وذهب بعضهم إلى أن للحكم أن يحكم بعلمه[4]، وهو رأي المالكية والحنابلة، قياساً على القاضي[5] أما الشافعية فالمذهب عندهم عدم جواز ذلك وهو ما يفهم من كلام الأذرعي[6] وهو الراجح لانحطاط رتبته عن رتبة القاضي فلا يلحق بالقاضي في القضاء بعلمه - حيث إن الراجح عند الشافعية أن القاضي يقضي بعمله - وهذا المنع هو ما

---

[1] انظر ذلك على صفحة ، ص١١٧ .

[2] المراجع السابقة .

[3] البحر الرائق ، ٢٦/٧ .

[4] المرجع السابق ، ومجمع الأنهر ،١٦٥/٢ .

[5] حاشية الصاوي ، ٢٣١/٤ ؛ المغني ، ٣٢/١٤ .

[6] هو أحمد بن حمدان بن أحمد الأذرعي الشافعي، فقيه ورع كثير الجود صادق الجود شديد الخوف من الله، من مؤلفاته: شرح المنهاج ، توفي سنة:٧٨٣هـ، انظر: شذرات الذهب ، ٢٧٨/٦ .

أيده الرملي[1] في فتاواه حيث قال: "والمعتمد منعه"[2]، ووجه ذلك هو ما ذكره ابن حجر[3] إذ يقول: "ووجهه أن الحكم المستند إلى القضاء أقوى من الحكم المستند إلى التحكيم فالقاضي أعلى رتبة من المحكم فلا يلزم من إلحاقه به في جواز الحكم المستند إلى السبب المتفق عليه من البينة أو الإقرار إلحاقه به في جواز الحكم المستند إلى السبب المختلف فيه وهو علمه وإن كانت العلة المجوزة للقاضي الحكم بعلمه من أنه إذا جاز استناد حكمه إلى البينة التي لا تفيد إلا الظن فلأن يجوز استناد حكمه إلى العلم الذي يفيد اليقين من باب أولى جارية بعينها في المحكم على أن هذه العلة فيها نظر إذ اليقين في القاضي ليس بشرط وإنما الشرط غلبة الظن"[4].

٦- تفويض الحكم إلى الغير: لقد تقدم الكلام عن هذه المسألة بما يغني عن الإعادة [5] ورجحنا أن ليس للحكم التفويض إلا إذا رضي بذلك الخصمان. والله أعلم.

٧- الرجوع عن الحكم: إذا حكم المحكّم فليس له الرجوع عن حكمه، لأن حكومته تمت بالقضاء الأول[6]، فلا يملك حق الرجوع، إذ ليس له ولاية، بخلاف القاضي.

---

[1] تقدمت ترجمته ، انظرها على صفحة ، ٣٦ .

[2] فتاوى الرملي ، ١٢٤/٤ .

[3] تقدمت ترجمته ، ص١٥٣ .

[4] الفتاوى الفقهية ، لابن حجر ،٢٩٠/٤ .

[5] انظرها على صفحة ، ١٢٤ .

[6] البحر الرائق ، ٢٧/٧ .

المطلب الثاني: سلطات المحكَّم في النظام.

المحكَّم في نظام التحكيم السعودي يتمتع بالعديد من السلطات أهمها ما يلي:

أولاً: سلطة تحديد ميعاد الجلسات: يملك المحكَّم أو هيئة التحكيم تحديد ميعاد جلسات التحكيم بعد تبليغ الخصوم بالموعد عن طريق كاتب الجهة المختصة بنظر النزاع، وقد نصت على هذه السلطة المادة العاشرة من اللائحة التنفيذية والتي جاء فيها: "على هيئة التحكيم أن تحدد ميعاد الجلسة التي ينظر فيها النزاع خلال مدة لا تتجاوز خمسة أيام..."، ويتم تحديد موعد كل جلسة تالية في الجلسة التي تسبقها، كما أنه ليس هناك ما يمنع من تحديد مواعيد عدد من الجلسات مقدماً إذا كانت الهيئة ترى ذلك ممكناً ومناسباً لسرعة الفصل في النزاع، بشرط تبليغ الخصوم بهذه المواعيد، كما أن للمحكَّم سلطة في تحديد الوقت الذي تعقد فيه هذه الجلسات التي قد تكون في أي ساعة وفي أي يوم فلا يوجد ما يمنع من أن تكون الجلسات في غير ساعات العمل الرسمية، كما لا يوجد ما يمنع من أن تكون في أيام العطل الرسمية أو أيام الجمع ، مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف الخصوم[1].

ثانياً: سلطة المحكَّم في طلب إحضار الخصوم: للمحكَّم طلب حضور الخصم شخصياً إذا اقتضى الأمر ذلك، وهو ما يفهم من نص المادة السابعة عشرة بقولها: "...دون الإخلال بحق المحكم أو المحكمين في طلب حضور المحتكم شخصياً إذا اقتضى الحال ذلك" فيفهم من نص المادة أن للحكم سلطة في طلب حضور الخصوم، إلا أن المادة لم تبين الآلية التي يتم من خلالها

---

[1] راجع ، البحاد ، مرجع سابق ، ص١٧٢ .

المطلب الثاني: سلطات المحكَّم في النظام.

المحكَّم في نظام التحكيم السعودي يتمتع بالعديد من السلطات أهمها ما يلي:

أولاً: سلطة تحديد ميعاد الجلسات: يملك المحكَّم أو هيئة التحكيم تحديد ميعاد جلسات التحكيم بعد تبليغ الخصوم بالموعد عن طريق كاتب الجهة المختصة بنظر النزاع، وقد نصت على هذه السلطة المادة العاشرة من اللائحة التنفيذية والتي جاء فيها: "على هيئة التحكيم أن تحدد ميعاد الجلسة التي ينظر فيها النزاع خلال مدة لا تتجاوز خمسة أيام..."، ويتم تحديد موعد كل جلسة تالية في الجلسة التي تسبقها، كما أنه ليس هناك ما يمنع من تحديد مواعيد عدد من الجلسات مقدماً إذا كانت الهيئة ترى ذلك ممكناً ومناسباً لسرعة الفصل في النزاع، بشرط تبليغ الخصوم بهذه المواعيد، كما أن للمحكَّم سلطة في تحديد الوقت الذي تعقد فيه هذه الجلسات التي قد تكون في أي ساعة وفي أي يوم فلا يوجد ما يمنع من أن تكون الجلسات في غير ساعات العمل الرسمية، كما لا يوجد ما يمنع من أن تكون في أيام العطل الرسمية أو أيام الجمع ، مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف الخصوم[1].

ثانياً: سلطة المحكَّم في طلب إحضار الخصوم: للمحكَّم طلب حضور الخصم شخصياً إذا اقتضى الأمر ذلك، وهو ما يفهم من نص المادة السابعة عشرة بقولها: "...دون الإخلال بحق المحكم أو المحكمين في طلب حضور المحتكم شخصياً إذا اقتضى الحال ذلك" فيفهم من نص المادة أن للحكم سلطة في طلب حضور الخصوم، إلا أن المادة لم تبين الآلية التي يتم من خلالها

---

[1] راجع ، البجاد ، مرجع سابق ، ص١٧٢ .

طلب الإحضار، كما هو الحال بالنسبة للنظام ولائحته، إلا أن الأقرب أن ذلك يتم من خلال السلطة المختصة بالإحضار بعد طلب المحكّم ذلك، وللمحكّم أيضاً عند عدم حضور الخصم أن يعتبره غائباً وبالتالي يسير في القضية حسب ما نص عليه النظام في حالة غياب الخصوم.

كما أن للمحكّم سلطة في التأكد من صفة الخصوم، وله سلطة أيضاً في الاطلاع على أصول الوكالات في حالة حضور ممثلين عن الخصوم من أجل التأكد من صحتها ، وقد نصت على هذه السلطة المادة السابعة عشرة والتي نصت على أنه: "في اليوم المعين لنظر التحكيم يحضر المحكمون بأنفسهم أو بوساطة ممثليهم بموجب وكالة صادرة من كاتب عدل.... وتودع صورة الوكالة بملف الدعوى بعد الاطلاع على الأصل من المحكّم...".

ثالثاً: سلطة ضبط الجلسة وإدارتها: وبموجب هذه السلطة يحق للمحكّم أن يوجه الأسئلة إلى المحتكمين أو الشهود بالطريقة التي يراها مناسبة، كالقاضي، كما أنه يحق له تأديب من أساء في الجلسة، فله أن يأمر بإخراج من يقوم بالإخلال بنظام الجلسة وآدابها من القاعة، وقد نصت المادة الثالثة والعشرون على ذلك بقولها: "يتولى رئيس هيئة التحكيم ضبط الجلسة وإدارتها ويوجه الأسئلة إلى المحتكمين أو الشهود، وله أن يأمر بإخراج من يخل بنظام الجلسة من القاعة على أنه إذا وقعت مخالفة من أحد الحاضرين بالجلسة، يقوم بتحرير محضر بالواقعة ويحيله إلى جهة الاختصاص.."، "فهذه السلطة المعطاة للمحكّم بموجب نص المادة السابقة، تعطيه الحق بطبيعة الحال أنه إذا وقعت مخالفة من أحد الحاضرين في الجلسة ، فليس لرئيس هيئة التحكيم إلا أن يقوم بتحرير محضر بالواقعة، ويحيله إلى جهة الاختصاص، نظراً لأنه لا يملك ما يملكه

القضاة بخصوص ضبط الجلسة من كونهم لهم الحق في توقيع العقوبات على من يخل بنظام الجلسة بالسجن لمدة لا تزيد على أربع وعشرين ساعة" اهـ [1].

رابعاً: سلطة إثبات الوقائع والإجراءات: فللمحكّم سلطة في ضبط وتوثيق كل الوقائع والإجراءات التي في الجلسة، ويقوم بكتابة ذلك في محضر يعد لهذا الغرض، وقد نصت المادة السابعة والعشرون من اللائحة التنفيذية على هذه السلطة بقولها: "تقوم هيئة التحكيم بإثبات الوقائع والإجراءات التي تتم في الجلسة في محضر يحرره سكرتير الهيئة تحت إشرافها...".

خامساً: سلطة إلزام أحد الخصوم بتقديم ما بيده من مستند منتج في النزاع: فللمحكّم إلزام أيٍّ من الخصوم بتقديم ما بيده من مستندات إذا كانت منتجة في الدعوى وله طلب ذلك من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب من أحد الخصوم، وهذه السلطة ليست مطلقة بل مقيدة بشروط، وقد نصت المادة الثامنة والعشرون على هذه السلطة وعلى شروطها وبيانها فيما يلي: "يجوز لهيئة التحكيم بمبادرة منها أو بناء على طلب أحد المحتكمين إلزام خصمه بتقديم أي محرر في الدعوى يكون تحت يده، وذلك في الحالات التالية:

أ- إذا كان مشتركا بينه وبين خصمه، ويعتبر المحرر مشتركا على الأخص إذا كان المحرر لمصلحة الخصمين أو كان مثبتا لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة.

ب - إذا استند إليه خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى.

ج - إذا كان النظام يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه. ويجب أن يبين في هذا الطلب:

---

[1] البحاد ، مرجع سابق ، ص١٧٧ .

١- أوصاف المحرر الذي يعينه.

٢- فحوى المحرر بقدر ما يمكن من التفصيل.

٣- الواقعة التي يستدل بها عليه.

٤- الدلائل والظروف التي تؤيد أنه تحت يد الخصم.

٥- وجه إلزام الخصم بتقديمه. "فبينت المادة شروط المحرر المراد إلزام الخصم بتقديمه، وكذلك بينت الشروط أو البيانات التي يجب توافرها في الطلب الذي يقدمه أحد الخصوم إلى الهيئة من أجل إجبار الخصم الآخر من تسليم ما تحت يده من مستندات. والمنظم لم يبين الكيفية التي يجب على هيئة التحكيم أن تتخذها في حالة امتناع الخصم من تقديم ما بيده. وبناء عليه يمكن القول: "بأن على هيئة التحكيم أن تطلب من الجهة المختصة أصلاً بالفصل في النزاع أن تصدر أمراً إلى الجهات التنفيذية بالقيام بإجبار وإلزام الخصم على تقديم المحرر المطلوب"[1].

سادساً: سلطة اتخاذ وسائل التحقيق المناسبة: للمحكَّم سلطة في اتخاذ أي وسيلة يراها مناسبة ومنتجة في الدعوى، شريطة أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالنزاع ومنتجة فيها وجائزاً قبولها، وقد نصت المادة التاسعة والعشرون على هذه السلطة حيث جاء فيها: "لهيئة التحكيم أن تأمر بوسائل التحقيق المنتجة في الدعوى متى كانت الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالمنازعة ومؤثرة فيها وجائزا إثباتها" ، "وغني عن البيان القول بأن هيئة التحكيم لا تصدر حكما باتخاذ أية إجراء من إجراءات التحقيق ويكفي أن تصدر قراراً باتخاذ الإجراء المناسب وتشعر الخصوم

---

[1] البحاد ، مرجع سابق ، ص١٨٢ .

بقرارها لكي يتم تنفيذه، وإذا لم يتم تنفيذه فلها صلاحية استنتاج القرائن التي تراها من هذا الامتناع كاعتماد صحة صورة المستند الذي قدمه الخصم، أو أن تطلب من الجهة المختصة إصدار الأمر إلى الجهات التنفيذية المختصة لتنفيذ ذلك الأمر"[١] ، ومن السلطات التي تدخل تحت هذا المبدأ: سلطة سماع الشهود كإجراء من إجراءات الإثبات بعد التحقق من توافر الشروط الشرعية في الشهادة والشهود، نصت على ذلك المادة الحادية والثلاثون من اللائحة التنفيذية والتي جاء فيها: "...ويتم قبول الشهود، وسماع أقوالهم أمام الهيئة حسب الأصول الشرعية..."، كذلك للمحكّم سلطة استجواب المحتكمين بناء على رغبة منه، أو بعد طلب أحد الخصوم، وقد نصت المادة الثانية والثلاثون على ذلك بقولها: "لهيئة التحكيم استجواب المحتكمين بناء على طلب أحدهم أو بمبادرة منها" و لم تبين المادة الطريقة التي يتم من خلالها الاستجواب وإزاء هذا الفراغ، يمكن الرجوع إلى القواعد العامة التي يطبقها القاضي عند استجوابه لأحد الخصوم. ، ومما يدخل في ذلك أيضاً: سلطة الانتقال للمعاينة سواء من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم، ويقصد بالمعاينة: "مجرد المشاهدة والاطلاع، ولا يمكن القيام بالتفتيش لمحاولة العثور على أدلة غير تلك التي يمكن استنتاجها بالمشاهدة العقلية للعين المجردة"[٢]، ويجب إجراء محضر بإجراءات المعاينة، وقد نصت على هذه السلطة المادة الخامسة والثلاثون من اللائحة والتي جاء فيها: "لهيئة التحكيم بمبادرة منها أو بناء على طلب أحد المحتكمين أن تقرر الانتقال لمعاينة بعض الوقائع أو المسائل المنتجة في الدعوى والمتنازع عليها

---

[١] البحاد ، مرجع سابق ، ص١٨٢ .

[٢] المرجع السابق، ص١٨٦ .

وتحرر الهيئة محضرا بإجراءات المعاينة". ، وإزاء كل ذلك فإن لهيئة التحكيم أو المحكّم سلطة في العدول عما أمر به من إجراءات الإثبات شريطة أن يبين أسباب العدول في محضر الجلسة، كما أن له عدم الأخذ بنتيجة الإجراء، وسبب ذلك من ـــ وجهة نظري ـــ السلطة التقديرية التي يتمتع بها المحكّم والتي يستطيع من خلالها تقدير مدى حجيتها وقوتها، وقد أكدت المادة الثلاثون من اللائحة هذا المبدأ بقولها: "لهيئة التحكيم أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول في محضر الجلسة ويجوز للهيئة ألا تأخذ بنتيجة الإجراء مع بيان أسباب ذلك في الحكم".

سابعاً: سلطة الاستعانة بالخبرة: فللمحكّم أو لهيئة التحكيم الاستعانة بخبير أو أكثر متى رأى أن النزاع يقتضي الحاجة إلى رأي خبير فيه، ومما يميز هذه السلطة أنها لا تتوقف على طلب الخصوم، إذ للمحكّم من تلقاء نفسه القيام بذلك، بل وله سلطة في رد طلب الخصوم حيال ذلك، وقد بينت المادة الثالثة والثلاثون هذه السلطة كما بينت آلية ذلك إذ جاء فيها: "لهيئة التحكيم عند الاقتضاء الاستعانة بخبير أو أكثر لتقديم تقرير فني بشأن بعض المسائل أو الوقائع الفنية والمادية المنتجة في الدعوى، وعليها أن تذكر في منطوق قرارها بيانا دقيقا لمأمورية الخبير والتدابير العاجلة التي يؤذن له في اتخاذها، ... وللهيئة مناقشة الخبير في الجلسة عن نتيجة التقرير...". كما أن لهيئة التحكيم سلطة في تكليف الخبير بتقديم تقرير تكميلي لتدارك أي نقص أو قصور في تقريره السابق، جاء في المادة الرابعة والثلاثين ما نصه: "يجوز لهيئة التحكيم تكليف الخبير بتقديم تقرير تكميلي لتدارك أي نقص أو قصور في تقريره السابق..".

ثامناً: سلطة المحكّم في جعل الجلسة سرية عند الاقتضاء: الأصل في الجلسات أن تكون علنية إلا أن للمحكّم جعل جلسة التحكيم سرية عند الاقتضاء، كأن يهدف بذلك حماية المصلحة العامة، أو النظام العام والآداب العامة أو قد تكون القضية أسرية، أو من أجل الحفاظ على سمعة الخصم التجارية ونحو ذلك، و هذه السرية يقتصر مداها على مرحلة سماع الدعوى والدفوع أما مرحلة النطق بالحكم فلا بد أن تكون علنية، وقد نصت المادة العشرون من اللائحة على هذه السلطة بقولها: "تنظر الدعوى أمام هيئة التحكيم بصفة علنية إلا إذا رأت الهيئة بمبادرة منها جعل الجلسة سرية، أو طلب ذلك أحد المحتكمين لأسباب تقدرها الهيئة".

تاسعاً: سلطة تحديد ميعاد صدور الحكم: عند انتهاء الدعوى وقفل باب المرافعة ورفع القضية للمداولة والتدقيق سراً، تقوم الهيئة بتحديد موعد لإصدار الحكم مع مراعاة المواعيد النظامية التي حددها النظام، وقد نصت على هذه السلطة المادة الثامنة والثلاثون بقولها: "...وتحدد الهيئة عند قفل باب المرافعة موعدا لإصدار القرار أوفي جلسة أخرى مع مراعاة أحكام المواد (٩و١٣و١٤و١٥) من نظام التحكيم"، كما أن للهيئة سلطة مد الميعاد المحدد للحكم، وقد نصت المادة الخامسة عشر من النظام على هذه السلطة بقولها: "يجوز للمحكّمين بالأغلبية التي يصدر بها الحكم بقرار مُسبَّب مد الميعاد المحدد للحكم لظروف تتعلق بموضوع النزاع"، ويلاحظ على هذه السلطة الممنوحة للمحكّم بموجب النص النظامي ما يلي:

١- لم يحدد النص ما المقصود بالظروف المتعلقة بالنزاع التي تعطى الحق للمحكمين بتمديد ميعاد صدور الحكم، وقد كان من الأولى إعطاء أمثلة على مثل هذه الظروف للقياس عليها وسد الباب أمام أي تمديد، والتي قد يكون المقصود منه مجرد إطالة أمد الفصل في النزاع فقط.

٢- ليس هناك معيار ثابت يمكن من خلاله تحديد الحالات التي يجوز للمحكمين فيها تأجيل ميعاد صدور الحكم. وبناء عليه ولكي يتمتع المحكَّم بهذه السلطة فإنه يشترط ما يلي:

١- يجب ألا تكون هذه الحالات من الحالات التي يمد فيها ميعاد صدور الحكم بقوة القانون.

٢- يجب ألا تكون من الحالات التي لا يجيز فيها القانون مد الميعاد المحدد لصدور الحكم[1].

عاشراً: سلطة تأجيل النطق بالحكم وفتح باب المرافعة من جديد.

لهيئة التحكيم مد أجل النطق بالقرار وفتح باب المرافعة من جديد إذا كانت هناك مستمسكات مؤثرة ومنتجة في الدعوى، وقد نصت المادة الأربعون من اللائحة على هذه السلطة بقولها: "... وليس لها أن تقبل مذكرات أو مستندات دون اطلاع الطرف الآخر عليها وإذا رأت أنها منتجة، فلها مد أجل النطق بالقرار وفتح باب المرافعة بقرار تدون فيه الأسباب والمبررات وإخطار المحتكمين بالميعاد المحدد للنظر في القضية".

المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه والنظام.

مع أن المقاصد والأهداف التي يطلبها الفقهاء في منح السلطات للمحكَّم ووضع القيود عليها وتحديد نطاقها، تختلف عنها في النظم الوضعية، إلا أننا نجد أن سلطات المحكَّم في نظام

---

[1] راجع: البحاد ، مرجع سابق .

التحكيم السعودي لا تختلف كثيراً عما ذكره الفقهاء، فعند إمعان النظر ملياً نجد أن وجه التباين بين سلطات المحكَّم التي نص عليها الفقهاء وبين السلطات التي نص عليها النظام، يضيق وينحسر منذ النظرة الأولى، ذلك أن المنظم التزم عند منحه للمحكَّم هذه السلطات عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، حيث أننا نجد أن الفقهاء منحوا المحكَّم سلطات محددة كالفصل في النزاع وسماع البينات والطعن فيها، والتحقيق في الدعوى ومناقشة الخصوم، والحكم بحكم بات وملزم، ومنعوه من تجاوز هذه السلطة إذ ليس له تجاوز نطاق التحكيم أو التجاوز إلى غير أطراف النزاع، ولا معاقبة الخصوم، ولا تأديبهم، وكذلك الرجوع عمَّا حكم به ونحو ذلك، وهذا ما نجده متحققاً في سلطات المحكَّم في نظام التحكيم، إذ أننا نجد أن المنظم منح المحكَّم سلطة الفصل في النزاع ومناقشة الخصوم والتحقيق في الدعوى واستخدام كافة وسائل الإثبات، ومع كون المنظم قد توسع ـــ نوعاً ما ـــ في منح المحكَّم سلطة التحقيق في الدعوى، وسلطة استخدام وسائل الإثبات، إلا أنه أشفع ذلك بوجوب خضوع ذلك لرقابة القضاء من خلال إلزامه باستخدام مثل تلك الصلاحيات بعد مراجعة الجهة المختصة بنظر النزاع والاستفادة من ذلك عن طريقها، وبذلك يكون المنظم نحى منحاً جيداً، حيث راعى أحكام الشريعة في عدم التعدي على سلطات صاحب الولاية العامة وبالتالي عدم خرق أُبهة القضاء. وأشير هنا إلى ملاحظة: وهي أن النظام عند منحه للمحكَّم سلطة طلب حضور الخصوم لم يبين من خلال نص المادة الآلية التي يتم من خلالها الإحضار، وإزاء هذا الفراغ، يمكن القول بأنه إن كان المحكَّم يقوم بإجبار الخصوم على الحضور بواسطة أعوانه، فليس له

ذلك، وهو مخالف لرأي الفقهاء إذ أنه خرم لأبهة الولاية كما تقدم، وهذا الصنيع يعد من الافتيات على الإمام. أما إن كان الإحضار يتم من خلال السلطات المختصة بالإحضار، وهذا هو الأقرب والأظهر فإن هذا العمل يعد عملاً صحيحاً، وموافق لرأي الفقهاء. والله أعلم.

المبحث الرابع: رد المحكَّم :

تمهيد: يقصد بردّ المحكَّم عدم الرضا به، والاعتراض عليه، ومنعه من مواصلة الفصل في النزاع، وذلك لأسباب تبعث على النفس عدم الطمأنينة لدى أحد الخصوم في عدالة ونزاهة المحكَّم ولما كان المحتكمون ليس لهم الرجوع عن التحكيم بعد الشروع فيه، ولا يستطيع أحدهم عزل المحكَّم، كان في المقابل للمحكَّم سلطة رد المحكَّم، والرد هنا يكون لأسباب واعتبارات تخل بالعدالة، ووفق حالات معينة، ولاشك أن مبدأ الرد يهدف إلى توفير نوع من التوازن بين حماية المحكَّم من جانب ومن جانب آخر توفير الأسلوب المناسب لحماية الخصوم إذا ما تبين لهم أمور من شأنها التأثير على حياد أو استقلال المحكَّم بعد اختياره وأثناء سير الخصومة، ويعد مبدأ الرد عقوبة أدبية وطبيعي لافتقاد المحكَّم شرط الحياد والاستقلال، إلا أن الرد وإن كان جزاءً فعالاً يضمن حماية المحكَّم بصفة وقائية ضد خطر تحيز المحكَّم وعدم استقلاله، يجب أن يمارس ضمن إطار وضوابط معينة، وإليك بيان كل ذلك في المطالب التالية:

المطلب الأول: رد المحكَّم في الفقه الإسلامي.

مما هو معلوم أن الأصل في رد المحكَّم أنه يرد بما يرد به القاضي، وعليه فقد أجاز الفقهاء ـــ رحمهم الله ـــ للخصوم التشكّي من القضاة، كأن يتهم أحد الخصوم القاضي بالانحياز إلى

خصمه، لوجود قرابة أو صداقة أو نحو ذلك، وإذا ثبت صدقها وكانت مؤثرة في عدالة القاضي، وبقائه في منصبه، وجب على الإمام عزله، وقياساً على ذلك فإن ما قيل في حق القاضي ينطبق على المحكَّم، فرد المحكَّم يشكل ضمانة أساسية للخصم الذي يخشى تحيز المحكَّم لخصمه، حينما لا يملك الرجوع في التحكيم ، إلا أن هذا الرد لا بد من تحقق شرطين لإعماله وهي:

١- أن تظهر أمور لم تكن موجودة وقت التحكيم، وتؤثر في سير الفصل في الخصومة وتضع المحكَّم موضع التهمة.

٢- عدم علم الخصم بالأمور المستجدة في علاقة المحكَّم بخصمه، والتي يطلب رده من أجلها لأنه لو كان يعلم بها من قبل لسقط حقه في المطالبة بالردّ، أما جهله بهذه العلاقة فيعطيه الحق في ردّ المحكَّم، وإذا حكم المحكَّم عليه، فإن حكمه لا ينفذ على الخصم غير الراضي به[1].

فإذا تحققت الشروط ، فإن للمحكَّم طلب ردّ المحكَّم في الحالات التالية:

الحالة الأولى: العداوة، وهي: " ما يتمكن في القلب من قصد الإضرار والانتقام"[2]، ويقصد بها هنا : أن تكون بين المحكَّم وبين أحد الخصمين عداوة دنيوية ، فإذا وجدت العداوة هل يرد بموجبها المحكَّم ؟ يرى بعض الفقهاء أن المحكَّم إذا حكم لعدوه فإن حكمه ينفذ ويصح لانتفاء التهمة ، أما إن حكم على عدوه فجمهور الفقهاء على منع الحكم ، وذلك

---

[1] التحكيم في الشريعة الإسلامية، لزكي شعبان، رسالة ماجستير، من كلية الشريعة في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، ص١٧١.

[2] الموسوعة الفقهية ، ٢٩٩/٢٩ .

لتحقق التهمة وعليه فإن ذلك يكون موجباً وسبباً لرد المحكّم ومنع حكمه ، قياساً على الشهادة[1] ، وبناء عليه فإن العداوة تكون سبباً من أسباب رد المحكّم في رأي أكثر الفقهاء.

الحالة الثانية: الخصومة ويقصد بها: أن يكون بين المحكّم وأحد الخصوم أو كلاهما خصومة دنيوية، وهي تفرق عن العداوة أن المخاصمة، من قبيل القول، والمعاداة من أفعال القلوب، ويجوز أن يخاصم الإنسان غيره من غير أن يعاديه، ويجوز أن يعاديه ولا يخاصمه[2]. وهذه الخصومة تكون سبباً للرد في الصور التالية:

أ- أن يكون المحكّم خصماً لكلا الطرفين، ففي مثل هذه الصورة، يرى بعض المالكية: عدم جواز تحكيم الخصم، ولا ينفذ حكمه إذا حكم وتكون سبباً للرد[3]، في حين خالف البعض منهم إذ يرى جواز ذلك[4].

ب - أن يكون المحكّم خصماً لأحد الطرفين ففي مثل هذه الحالة يرى المالكية عدم جواز التحكيم[5] وبالتالي تكون سبباً للرد.

---

[1] البحر الرائق ، ٢٨/٧ ؛ حاشية الدسوقي ، ١٥٢/٤؛ أسنى المطالب ،٢٨٨/٤؛ كشاف القناع ، ٣٢١/٦؛ الإنصاف ٣٦٩/٢٨ .

[2] الموسوعة الفقهية : ١٢٧/١٩ .

[3] الشرح الكبير ، ، ١٣٥/٤ .

[4] الدسوقي ، ١٣٦/٤.

[5] شرح الزرقاني ، ١٢٩/٧ .

ج - إذا حكّم خصمه في النزاع: وهذه الصورة وقع الخلاف بين الفقهاء فيها من حيث جوازها من عدمه، وبالتالي كونها سبباً للرد أم لا. وجاء هذا الخلاف على ثلاثة أقوال:

القول الأول: الجواز مطلقاً، وهو قول للمالكية، وبعض الحنابلة[1].

والقول الثاني: المنع مطلقاً وهو قول الحنفية [2].

والقول الثالث: الكراهة وهو قول لبعض المالكية[3]. وحجة القائلين بالجواز: قصة ابن مسعود ﷺ والتي تقدم ذكرها[4]، وفيها: أن الأشعث قال له: "أنت بيني وبين نفسك" فدل ذلك على جواز تحكيم الخصم لخصمه، أما القائلون بالمنع فقياساً على الشهادة في الخصومة ومن كره ذلك فهو لخشية الجور والظلم. وبعد هذا العرض الوجيز، فالذي يظهر أن الصورة الأولى والثانية تعد من أسباب الرد، إذا وقع الاختيار على المحكّم من قبل القضاء وفي هذه الحالة ينبغي على القضاء اجتنابها والتأكد من انتفاء التهمة، أما إذا وقع الاختيار من قبل الخصوم ورضوا بذلك مع علمهم بتحقق أسباب التهمة، فإنها لا تكون سبباً للرد لأنهم اختاروا ذلك بمحض إرادتهم وبسبب اطمئنانهم له، ولأنهم تنازلوا عن حق كفله الشرع لهم. أما ما يتعلق بالصورة الثالثة: فالذي يظهر أنها لا تعد سبباً للرد وذلك للأثر الوارد في قصة تحكيم الأشعث لابن مسعود، ولأنه باختياره أسقط حقه في الرد. والله أعلم.

---

[1] الدسوقي ، مرجع سابق ، ٤/١٣٥؛ الاختيارات الفقهية ، ص٣٣٥ .

[2] البحر الرائق ، ٧/٢٦ .

[3] مواهب الجليل ، للحطاب ، ٦/١١٢ . وهو قول أصبغ .

[4] انظرها على صفحة :١١٣ من هذا البحث.

الحالة الثالثة: القرابة ويقصد بها القرابة المؤثرة، كالآباء أو الأمهات من الأصول، أو الأولاد وأولادهم من الفروع، وقد تكون القرابة زوجية كأن يكون المحكّم زوجاً لأحد الخصمين، وقد اختلف الفقهاء رحمهم الله في جواز حكم المحكّم لقريب، وينبني على ذلك كون القرابة سبباً للرد، فذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز حكم المحكّم لأبويه أو لزوجه أو أحد أقاربه، ويجوز حكمه عليهم، وعلتهم في ذلك: أن المحكّم كالقاضي فكما لا يجوز للقاضي أن يحكم لأحد قرابته فكذلك المحكّم[1]، وبناء على قول الجمهور فإن القرابة تعد سبباً موجباً للرد، ويحق للمحكّم إذا تحقق من وجود قرابة أن يطلب رد المحكّم، ويرى بعض الشافعية أنه يجوز للمحكّم أن يحكم لأصوله وفروعه، إذا رضي المحكوم عليه بذلك لأن رضاه وقبوله للمحكّم دليل على عدم وجود التهمة[2]، والذي يظهر أن القرابة تعد سبباً للرد على رأي جمهور الفقهاء، إلا إذا علم الخصم بهذه القرابة ابتداءً ورضي بذلك، فهنا لا تعتبر القرابة والحالة هذه سبباً موجباً للرد، لتنازل الخصم عن حقه في البداية، أما إذا اكتشف ذلك لاحقاً، أي في أثناء التحكيم فإن له الحق في رد المحكّم والله أعلم. ويرى بعض الباحثين المعاصرين، أنه يجب التفرقة بين قضاء القاضي في نزاع فيه أحد أقاربه وتحكيم محكّم في نزاع أحد أطرافه أو كلهم أقاربه، ووجه التفرقة في ذلك: أن التحكيم قائم على المعرفة والاختيار، والشخص لا يحكم إلا من يعرفه ويثق به، والأقارب أولى بذلك، كما أن الخصوم الذين اختاروا تحكيم أحد أقاربهم ـــ غالباً ـــ ما يرغبون في حسم خلافاتهم في جو عائلي لا يسوده ما يسود جو المحاكم من

---

[1] البحر الرائق ، ٢٨/٧؛ حاشية الدسوقي ، ١٥٢/٤؛ أدب القاضي ، ٣٨٥/٢؛ كشاف القناع ، ٣٢١/٦ .

[2] الماوردي ، مرجع سابق ، ٣٨٦/٢ .

نزاع وشقاق، مما قد يؤثر على العلاقات الأسرية وكثيراً ما يكون أساس التحكيم والغرض منه، وضع النزاع في يد شخص أمين على مصالح الأسرة بكاملها إلى أن قال ـــ وهو من وجهة نظري يوافق ما رجحناه سلفاً ـــ وبالتالي يمكن القول: إن الرباط الوثيق بين المحكّم والخصوم الناتج عن القرابة أو الصداقة لا يؤثر في صحة اختيار المحكّم متى كان معلوماً لدى الطرف الآخر، أما إذا كان أحد الخصوم على جهل بهذه القرابة بين المحكّم والطرف الآخر، وكانت هذه القرابة مما يرد به القاضي ويمنع من القضاء فيها، فينبغي أن تكون مؤثرة في صحة اختيار المحكّم، ويكون للطرف الآخر الحق في التمسك برده أو عزله، ومثل ذلك لو طرأت هذه العلاقة بعد تعيين المحكّم، بأن كان أحد الخصوم امرأة وتزوجت المحكّم، فينبغي في هذه الحالة منع المحكّم من المضي في التحكيم، إلا إذا علم الطرف الآخر ورضي بذلك[1]. هذه أبرز حالات الرد التي تكلم عنها الفقهاء، وقد ذكر بعض المعاصرين صوراً يمكن فيها رد المحكّم ومنها:

الصورة الأولى: المصلحة: وهي أن يكون للمحكّم مصلحة مالية من الحكم لأحد طرفي النزاع، سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة، فكل من يجر لنفسه غنما أو يدفع عنها غرماً لم تصح شهادته وبالتالي لا يصح تحكيمه، فالشريك مثلا لا تجوز شهادته لشريكه فيما هو من مال الشركة، وكذلك لا يجوز تحكيم المهندس الذي أشرف على عملية ما، أو قام بتهيئتها للتنفيذ، وذلك بأن يكون حكما في الخصومة بين رب العمل والمقاول الذي نفذ هذه العملية

---

[1] وهو رأي ، د/زيد الزيد، ذكر ذلك في كتابه، وظيفة المحكّم في الفقه الإسلامي، ص١٦٨ .

لأن المفروض أن المهندس قد أشرف على عمل المقاول، وكذلك لا يجوز للمساهم في شركة مساهمة أن يكون حكماً في نزاع بين الشركة وطرف آخر؛ لأنه بمثابة الحكم للنفس أو عليها، فيجب على كل من يرشح نفسه للتحكيم أن يبادر بإخبار أطراف النزاع بأي صلة له مؤثرة بأي منهم، لأن إخفاء هذا الأمر أو السكوت عنه من شأنه أن يثير تهمة حوله.

الصورة الثانية: إذا كان سبق للمحكَّم أن أفتى أو كتب أو أعد بحثاً أو أعد استشارة في موضوع التحكيم، أو أوضح فيه وجهة نظره، وكان أحد أطراف الدعوى مطلعا على هذا الرأي دون الآخر، فإن المحكَّم بهذه الصفة لا يصلح أن يكون حكما بين هذين الطرفين لوضوح وجهة نظره التي تصب في مصلحة أحد الطرفين، ولأن الشخص حكَّمه على علم بوجهة نظره، وربما كان هذا الاطلاع هو السبب في اختياره، دون أن يعلم الطرف الآخر بذلك، فإذا كان كذلك، فإنه لا يجوز له تحكيمه، إلا إذا كان الطرف الآخر يعلم بهذا الرأي المسبق للمحكَّم قبل التحكيم.

الصورة الثالثة: إذا كان المحكَّم سبق له الإدلاء بآراء في النزاع قبل التحكيم، سواء أكانت عن طريق كتابة لائحة دعوى أم شهادة أم تقديم رأي خبير أم حكم في قضية مشابهة تماماً لموضوع النزاع، أو شارك في وساطة أو توفيق بين الطرفين أو نحو ذلك إلا إذا كان الطرف الآخر على علم بهذا الإدلاء السابق، وذلك لكون هذا الإدلاء يكشف عن وجهة نظر المحكَّم ويحمله مسؤولية وجهة نظره السابقة التي يجد حرجاً في مخالفتها، متى ما تبين له خلاف ذلك

ويصبح بين أمرين التمسك بما شهد به، وعندها يخالف ما ظهر له لاحقاً، أو يحكم بما استجد له، وعندها سيتهم بمخالفته لما شهد.

الصورة الرابعة: طلب الشخص أن يكون محكماً، وهذا يكون في حالتين:

الأولى: عندما يطلب الشخص التحكيم سعياً في تحصيل ولاية، وفي هذه الحالة لا يحسن سعي الشخص من أجل تعيينه محكما رغبة في الولاية، لورود النهي عن طلب الولاية، وإذا كان هذا في الإمارة وهي ولاية، فيندرج فيه طلب التحكيم، لكونه ولاية من الولايات، وعليه فإن طلب التحكيم منهي عنه شرعاً، كونه يثير شيئاً من التهمة حول الطالب، وعلى هذا فإن من طلب التحكيم ينبغي أن لا يرشح، وتصرفه هذا يستدعي تلافي التحكيم.

الثانية: أن يسعى لطلب التحكيم في قضية معينة، وذلك بالاتصال بأحد طرفي النزاع طالباً ترشيحه للتحكيم، أو يتصل بمن له علاقة وتأثير في تعيين المحكّم كالمحامي الذي يتولى المرافعة عن أحد الخصوم؛ لكي يرشحه للتحكيم، وهذا التصرف يختلف عن طلب التحكيم مطلقا الذي سبقت الإشارة إليه في الحالة الأولى، فإن طلب الترشيح لقضية معينة مع ما يثيره من تهمة حول الطالب، فإنه تصرف غير مناسب، وهذا ما لاحظته بعض أنظمة التحكيم المعاصرة، حيث يأتي في مقدمة قواعد السلوك النص على أنه لا يجوز للمحكم الاتصال بأطراف التحكيم للسعي نحو التعيين أو الاختيار كمحكم، وعليه فمن سعى لطلب تعيينه محكما في قضية معينة ينبغي أن يكون هذا مانعا من ترشيحه للتحكيم في هذه القضية، دفعا للتهمة التي جرها على نفسه بتصرفه، وينبغي التفريق بين السعي للتحكيم من أجل طلب

الولاية، أو السعي للتحكيم في قضي معينة، وبين قيام الشخص بتعريف نفسه لدى بعض مراكز التحكيم، أو تقديم مؤهلاته، أو تسجيل نفسه في سجل المحكّمين المعتمدين؛ لأن هذه الحالة تختلف عن طلب التحكيم بقصد الولاية، أو طلب التحكيم في قضية معينة، لأن طلب الولاية غير سائغ، والسعي إلى طلب التحكيم في قضية معينة يستدعي تهمة بأن هدفه من هذا السعي مناصرة شخص معين على آخر، في حين أن إدراج اسمه في قائمة محكمين رسمية، أو التسجيل في مركز من مراكز التحكيم ليس طلبا لولاية وإنما ممارسة لعمل، ولا تحمل دلالة طلب الولاية كما لا تحمل أي معنى من معاني الميل إلى خصم على آخر؛ لعدم معرفتهم بعد، وإنما هدفه المشاركة في التحكيم لذاته[1]، والخلاصة أن المانع هنا هو طلب الولاية من خلال التحكيم، أو طلب التحكيم في قضية معينة عُرف أطرافها، والسعي للتحكيم فيها يوحي بالمناصرة، ولذلك أشعر بتهمة واستدعى الابتعاد في الحالين، وعليه فإن الحالتين المانعتين يستهدف صاحبهما قرار التحكيم، لا التحكيم فقط، أما حالة تسجيل الاسم في القائمة فهي تستهدف التحكيم ذاته بصرف النظر عن أي أمر آخر [2].

المطلب الثاني: رد المحكّم في النظام.

حدد المنظم في نظام التحكيم السعودي الحالات التي يكون للأطراف فيها الحق في طلب رد الحكّم متى ما توافرت أسباب معينة، كما حدد الجهة التي يجب أن يقدم لها هذا الطلب

---

[1] وليس هناك ما يمنع من الناحية الفقهية، فهو وإن كان هناك شبه بين أعمال القاضي والمحكّم إلا أن المحكّم لا يتفرغ للقضاء بل يحكم في قضايا محددة كما أن عمله سوف يعرض على القضاء لتدقيقه والتأكد من صحته . والله أعلم.

[2] وظيفة المحكّم في الفقه الإسلامي ، د/زيد الزيد ، ص١٧٠ــ ١٧٨ .

والإجراءات التي يجب أن تتخذ للنظر في هذا الطلب. وجاء هذا التحديد من خلال نص المادة الثانية عشرة من نظام التحكيم والتي نصت على أنه: "يطلب رد المحكم للأسباب ذاتها التي يرد بها القاضي ويرفع طلب الرد إلى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع خلال خمس أيام من يوم إخبار الخصم بتعيين المحكم أو من يوم ظهور أو حدوث سبب من أسباب الرد ويحكم في طلب الرد بعد دعوة الخصوم والمحكم المطلوب رده إلى جلسة تعقد لهذا الغرض" وبالرجوع إلى نص المادة الحادية والتسعين من نظام المرافعات الشرعية، من أجل معرفة حالات رد القاضي نجد أن المادة نصت على ما يلي: "يجوز ردّ القاضي لأحد الأسباب التالية:

أ- إذا كان له أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها.

ب - إذا حدث له أو لزوجته خصومة مع أحد الخصوم أو مع زوجته بعد قيام الدعوى المنظورة أمام القاضي، ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد ردّه عن نظر الدعوى المنظورة أمامه.

ج - إذا كان لمطلقته التي له منها ولد، أو لأحد أقاربه ، أو أصهاره إلى الدرجة الرابعة ــــ خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى، أو مع زوجته، مالم تكن هذه الخصومة قد أقيمت أمام القاضي بقصد رده.

د- إذا كان أحد الخصوم خادماً له، أو كان القاضي قد اعتاد مؤاكلة أحد الخصوم أو مساكنته، أو كان قد تلقى منه هدية قبيل رفع الدعوى أو بعده.

هـــ- إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يُرَجِّحُ معها عدم استطاعته الحكم بدون تحيز.، فالمحكم يتم رده لنفس الأسباب التي يرد بها القاضي، وتتميز هذه الحالات بأنها تعيب اختيار المحكَّم، لأنها قد تؤثر على حياده المفترض وتجعله يرجح كفة أحد الخصوم على الآخر، وما تجدر الإشارة إليه أن رد المحكَّم لا يكون إلا بالنسبة للمحكم الذي يختاره الخصوم أو تعينه الجهة المختصة بالفصل في النزاع في حالة عدم إمكانية إجماعهم عل اختياره، شريطة عدم علم الخصم طالب الرد عن تحقق وحود الحالة التي تكون سبباً للرد، أما إذا كان يعلم ذلك فإن سكوته وعدم اعتراضه، يعتبر دليلاً على رضاه واطمئنانه وثقته بالمحكَّم وبالتالي لا يجوز له الاعتراض فيما بعد وطلب رد المحكَّم، وفيما يتعلق بالمدة التي يجب أن يتم خلالها التقدم بطلب رد المحكَّم فقد حددها النظام بمدة خمسة أيام من يوم إخبار الخصم بتعيين المحكَّم وذلك في حالة إذا ما اتضح للخصم حدوث إحدى الحالات التي تكون سبباً في إعطائه الحق في طلب رد المحكَّم، أما إذا لم يتمكن من معرفة ذلك في حينه وتبين له ذلك فيما بعد حدوث إحدى تلك الحالات فيجوز بناء على نص المادة الثانية عشرة من نظام التحكيم طلب رد المحكَّم خلال خمسة أيام من يوم ظهور أو حدوث هذه الحالة التي تعتبر سبباً من أسباب الرد ويتم طلب رد الحكَّم وفق إجراء معين حددته المادة الثانية عشرة من النظام وهو التقدم بهذا الطلب إلى الجهة المختصة بنظر النزاع خلال الأيام الخمسة من يوم إخبار الخصم بتعيين المحكم أو من يوم ظهور سبب من أسباب الرد، ولا يعني النص على هذا الإجراء أن الخصم لا يكون له الحق في التقدم مباشرة إلى المحكَّم نفسه طالباً منه التنحي عن نظر النزاع؛ لقيام سبب من أسباب الرد فيه؛

ذلك لأن الأصل أن يتنحى المحكّم من تلقاء نفسه عن نظر النزاع من يوم ظهور سبب للرد، فإذا لم يقم بذلك من تلقاء نفسه، فللخصم أن يتقدم بذلك للجهة المختصة[1] وقد أخذ نظام التحكيم بمبدأ عالمي فيما يتعلق بالرد، وهو أن نظر طلب الرد يكون في جلسة بحضور الخصم والمحكّم المطلوب رده وقصده من ذلك، ضرورة سماع دفاع كل هؤلاء بجلسة طلب الرد، غير أنه لا يترتب على عدم حضور الخصم أو المحكّم أو هما معاً عند نظر طلب الرد بطلان في القرار الصادر مادام قد ثبت إعلانهما إعلاناً صحيحا ويترتب على تقديم الرد وقف إجراءات التحكيم لحين صدور حكم من الجهة المختصة في طلب الرد، وذلك توفيراً للنفقات والمجهودات التي قد تبذل في حالة الاستمرار في السير في إجراءات التحكيم، وفي حالة رفض طلب الرد فإن إجراءات التحكيم تستأنف من جديد أما في حالة قبوله، فإن ذلك لا يؤدي إلى إنهاء التحكيم، بل يتم تعيين محكّم آخر[2].

المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه والنظام.

لقد نص نظام التحكيم السعودي على أن المحكّم يرد بما يرد به القاضي، وحينما نعود إلى أسباب ردّ القاضي، نجد أن المنظم حينما نص على أسباب الرد والتي تقدم بيانها، أراد بذلك تجنيب القاضي مواطن التهمة بالميل إلى أحد الخصمين، إلا أن حرصه على ذلك أدى إلى المغالاة في ذكر جميع الأسباب والتي تقدم بيانها، ، ولم يفرق بين حكمه لأبويه وابنه وزوجه

---

[1] البحاد ، مرجع سابق ، ص١٥٨ـــ ١٦١.

[2] دراسة عالمية للتحكيم، أحمد فهمي،ص٢٧؛ الوجيز في شرح نظام التحكيم،للجهني، ص٤٠؛المحكّم في التحكيم التجاري ، للهي، ص٢٥٥

وبين الأقارب وغيرهم، وعمم الحكم على القاضي الوكيل والوصي والقيم والوارث والقريب والمصاهر، و لم يفرق بين كون إفتائه أو ترافعه أو قضائه أو خبرته أو تحكيمه أو أدائه للشهادة أو إبداء رأيه قبل أوانه لمصلحة أحد الطرفين بعلم الطرف الآخر أو بعدم علمه، فضيق النظام على القاضي دائرته الواسعة التي يجب أن ينشر فيها لواء العدل، لأن إقامة العدل ولو على أقرب الناس له هي مهمته الأولى وفي حالة انحراف القاضي بسبب ميله فهنالك طرق للطعن في حكمه يمكن أن يرد بها إلى جادة الصواب، فهذا النص بهذه الشكلية لا يقضي على ذلك الانحراف لو أرده.

أما الفقهاء فإنهم حين رأوا أن القاضي هو الذي يجب أن يحقق العدل بين الناس، اشترطوا فيه شروطاً معينه تجعله يضع العدل نصب عينيه، لكن حين رأوا النفوس مختلفة، ذهب بعضهم إلى رد حكم القاضي لمن لا تقبل شهادته له كأبويه وولده، ورد حكمه على عدوه، للتهمة في حين ذهب بعض الفقهاء إلى قبول شهادة الأب لابنه فضلاً عما سواه، ذلك لأن التهمة إنما اعتملها الشرع في الفاسق، ومنع إعمالها في العادل، فلا تجتمع العدالة مع التهمة، وعليه فنظرة الفقهاء إلى أسباب ردّ قضاء القاضي ــ ومثله المحكَّم ــ أوسع وأسلم، ولذلك قالوا: إن المحكَّم كالقاضي يخرج من الحكومة بخروجه من أن يكون أهلاً للشهادة، لأن من صلح شاهداً صلح قاضياً، ومن لا فلا[1]. والله أعلم.

---

[1] عقد التحكيم ، قحطان الدوري ، ص٧٥٤ .

المبحث الخامس: رقابة القضاء على أعمال المحكّم :

تمهيد: لقد قررنا سلفاً أن التحكيم يبعد من الناحية النظرية قليلاً عن القضاء، ويبعد من الناحية العملية كثيراً عنه، بيد أن ذلك لم يؤثر على العلاقة التي بين التحكيم والقضاء، إلا أن هذه العلاقة بحاجة إلى كثيرٍ من البحث والدراسة بما يتعلق بأساسها وطبيعتها، وهل يغلب عليها طابع المساعدة أم طابع الرقابة، وإذا كان الأخير فما حدود هذه الرقابة؟ومتى تكون؟ ولما كانت مسئولية المحكّم وحدود الرقابة عليه، تقتضي الكثير من البحث والدراسة بغية الحد من السلبيات التي قد تقع منه، وفي نفس الوقت تحديد مجال تدخل القضاء في التحكيم من أجل منع شل فاعلية التحكيم، والعمل على وضع تنظيم واضح يستطيع من خلاله المحكّم أن يكون في مأمن من عواقب المسؤولية التي قد تثار عليه عند حدوث خطأ منه في أي مرحلة من مراحل التحكيم، آثرت الحديث عن ذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: رقابة القضاء على أعمال المحكّم في الفقه.

عند إمعان النظر في كلام الفقهاء ـــ رحمهم الله ـــ عن رقابة القضاء على أعمال المحكّم، نجد أنه كثيراً ما يتم الحديث عن نوع من الرقابة، وهي الرقابة اللاحقة على التحكيم، فأكثر المسائل التي تناولها الفقهاء بالبحث والمناقشة، هي تلك المتعلقة بصدور الحكم وإمضائه والتأكد من سلامته، وما إذا كان لا بد من عرضه على القضاء ليتم تنفيذه أم لا ونحو ذلك وعليه فالذي يظهر أن الفقهاء رحمهم الله لم يتكلموا عن الرقابة السابقة على المحكّم، وما إذا كان لا بد من عرض ما يتعلق باتفاق التحكيم على القضاء لإقراره وبدء العمل به وما إلى

ذلك، ولعل ذلك يشير من بعيد إلى أن الفقهاء كانوا يرون استقلال التحكيم عن القضاء وبالأخص فيما يتعلق بالجوانب الإجرائية، مع التسليم بأنهم يعتبرون التحكيم من باب القضاء و أنه أدنى رتبة منه، ويشترطون في المحكَّم شروط القاضي، إلا أنهم يقرون بمبدأ التفريق بين التحكيم والقضاء، ويظهر ذلك من خلال الاختلاف في بعض الأحكام. وعلى كل حال فالفقهاء ــــ رحمهم الله ــــ يقرون بمبدأ الرقابة اللاحقة على التحكيم، أما مبدأ الرقابة السابقة على التحكيم، فلم أقف ــــ حسب اطلاعي ــــ على كلام للفقهاء حيال ذلك، وما يؤكد هذا المعنى، أن الفقهاء لم يشترطوا في التحكيم إجراءات خاصة في سبيل عقده، تشعر بوجود رقابة من قبل القضاء على المحكَّم، وكل ما تحدث عنه الفقهاء هي شروط ينبغي تحققها في المحكَّم والمحكَّم وموضوع النزاع وما إلى ذلك، ويكون التأكد من ذلك بعد صدور الحكم حيث أننا نجد أن الفقهاء يتحدثون عن وجوب نقض الحكم من قبل القاضي إذا كان هناك مخالفة صريحة للطريقة التي تم بها التحكيم، وقد يصل الأمر إلى عزل المحكَّم أو رده وتضمينه ما قد يقع على الخصوم من ضرر، ومما يؤكد مبدأ الرقابة اللاحقة لدى الفقهاء ما يلي:

١- أنهم لم يجعلوا عرض اتفاق التحكيم على القاضي لإمضائه شرطاً لصحة اتفاق التحكيم فلم يشترط جمهور الفقهاء وجوب رضا القاضي بالتحكيم، وإنما اشترطه بعض الشافعية[1] وهو قول مرجوح، إذ أن ذلك يفقد التحكيم صفته الاختيارية والجوازية، ويجعله معلقاً على موافقة السلطة القضائية.

---

[1] روضة الطالبين ، للنووي ، ١٢٣/١١.

٢- يتضح من كلام الفقهاء أنهم يفوضون المحكَّم بكل إجراءات التقاضي، وأن للمحكَّم استخدام جميع الوسائل الموصلة للحكم ــ كما أسلفنا ــ فهو له سلطة مستقلة لنظر النزاع والبت فيه، وليس للقاضي النظر في جميع ذلك إلا بعد عرض الأمر عليه، ومطالعة القاضي لإجراءات التحكيم تنحصر في مدى حجية الحكم وموافقته للصواب ومدى إصابة المحكَّم لعين العدالة، بل وذهب بعضهم إلى أبعد من ذلك، حيث منع بعض الفقهاء نقض حكم المحكَّم لمجرد عدم موافقة رأيه، وإنما يتم النقض وفقاً لقواعد النقض التي يعتمدها القضاة في أحكامهم ومما ينقل عن الفقهاء في ذلك ما يلي: جاء في حاشية الدسوقي: "والحاصل أن كل ما لا يجوز التحكيم فيه وكان الحكم فيه مختصا بالقضاة إذا وقع ونزل وحكم فيه المحكَّم وكان حكمه صوابا فإنه يمضي وليس لأحد الخصمين ولا للحاكم نقضه"[1]، ويقول ابن فرحون: "إذا حكم المحكَّم فليس لأحد أن ينقض حكمه، وإن خالف مذهبه إلا أن يكون جورا بينا لم يختلف فيه أهل العلم"[2]، وخالف الحنفية في ذلك فقالوا: بوجوب نقض الحكم إذا خالف رأي القاضي، جاء في البدائع: "إذا حكم في فصل مجتهد فيه، ثم رفع حكمه إلى القاضي، ورأيه يخالف رأي الحاكم المحكَّم، له أن يفسخ حكمه"[3]، بل ويرى البعض أن المحكَّم إذا تجاوز نطاق التحكيم وحكم فيما لا يجوز له التحكيم فيه، فإن على القاضي إمضاء الحكم إن كان صواباً، وزجره عن العود لمثل ذلك، جاء في منح الجليل ما نصه: "ومضى حكم المحكَّم في حد أو قتل أو لعان

---

(١) الدسوقي ، مرجع سابق ، ١٣٧/٤ .

(٢) تبصرة الحكام ، ٦٤/١ .

(٣) بدائع الصنائع ، ٣/٧ .

أو ولاء أو نسب أو طلاق أو عتق فلا ينقضه الإمام ولا القاضي إن حكم المحكّم في شيء منها حكماً صوابا وأدب"[١]، كما أن الفقهاء اختلفوا في حُكم المحكّم بعد صدوره، من دون إجازة القاضي، فيرى بعض الفقهاء: أن حكم المحكّم لا يلزم ولا ينفذ إلا بعد إقرار القاضي وإجازته له، سواء ترافع إليه الخصمان أم لم يترافعا إليه وهو قول شيخ الإسلام ابن تيمية ـــ رحمه الله ـــ [٢]، ويرى البعض الآخر أنه لا يشترط لإمضاء حُكم المحكّم إقرار القاضي بذلك، إلا إذا رُفع إليه من قبل الخصمين، وهو قول الحنفية وذلك أن حكم المحكّم إذا أقر من قبل القاضي اكتسب القطعية، فليس لأحد نقضه[٣] والذي يظهر أن حكم المحكّم ينفذ من دون إذن القاضي، إلا إذا كان هناك قيد بعدم نفوذه إلا بعد عرضه على القاضي، فلا ينفذ إلا بعد إجازة القاضي، لأن النبي ﷺ أقر حكم سعد في اليهود وهذا إنفاذ للحكم بعد حاكمه[٤].

وبعد هذا العرض السريع لأقوال الفقهاء، نجد أن كلامهم في ما يتعلق بمبدأ الرقابة ينصب على مرحلة معينة من مراحل التحكيم ألا وهي مرحلة ما بعد صدور الحكم، فهم لا يعرضون شيئاً من التحكيم على القضاء إلا بعد صدور الحكم التحكيمي، مما يدل على أن جميع الإجراءات السابقة تتم عن طريق الأطراف ذاقم، ولا يعرضون الحكم على القاضي إلا إذا طلب أحد المحتكمين ذلك، أو في حالة طلب المحكّم عزل المحكّم عن طريق القاضي، أو كان المحكّم معيناً

---

[١] منح الجليل شرح مختصر خليل ، ٢٨٦/٨ .

[٢] الانصاف ، ٣٢٧/٢٨ .

[٣] الإنصاف ، ٣٢٧/٢٨ .

[٣] البحر الرائق ، ٢٧/٧ .

[٤] آل خنين ، مرجع سابق ،ص١٤٣.

من قبل القاضي ففي هذه الحالة للقاضي التدخل في التحكيم وإبداء رأيه فيه[1]، وتدخل القاضي في هذه الحالة هو تدخل موضوعي لا إجرائي، وجملة القول أن الفقهاء يقرون بمبدأ الرقابة على أعمال المحكَّم إلا أن هذه الرقابة هي رقابة لاحقة وليست رقابة سابقة، وهو ما يظهر من كلامهم فيما يتعلق بإمضاء حكم المحكَّم.

المطلب الثاني: رقابة القضاء على أعمال المحكَّم في النظام وفيه فروع:

الفرع الأول: الرقابة القضائية على أعمال المحكَّم وفيه مسائل:

المسألة الأولى: *مسوغات خضوع المحكَّم لمبدأ الرقابة:*

١- أن في فرض الرقابة تحقيقاً للعدالة وضماناً لصحة الحكم، وفي استبعادها ضرر كبير على نظام التحكيم بالكامل، فيجب الإبقاء على هذه الرقابة للتحقق من حسن إدارة العدالة.

٢- أن في التحذير من مغبة فقد فوائد التحكيم ليست إلا دعوة لتقديم نظام قانوني خال من الضمانات، استجابة لطلبات شخصية، مما يفقد نظام التحكيم دعائم وجوده، ويفقد الحكم الصادر مقومات صحته.

٣- القول بضرورة هذه الرقابة هو لإمكانية صدور حكم مشوب بالخطأ أو عدم العدالة، الأمر الذي يستوجب وجود الرقابة لمنع ذلك.

٤- أن تمتع الحكم الصادر بحجية الأمر المقضي يستوجب فرض رقابة لا تقل في مضمونها عن الرقابة التي يخضع لها الحكم القضائي إن لم تكن أوسع.

---

[1] انظر المادة (١٨٤٧) من مجلة الأحكام العدلية .

المسألة الثانية: *مسوغات منع الرقابة على أعمال المحكّم:* يرى بعض الشراح أهمية استقلال التحكيم عن قضاء الدولة، ووجوب كف يد القضاء عن التدخل في خصومة التحكيم وذلك استناداً للمبررات التالية:

١- أن فرض الرقابة يتعارض مع أساس نظام التحكيم ذاته، ومبررات وجوده، فهو يهدف إلى استبعاد دور القاضي وإحلال دور المحكّم مكانه طلباً للسرعة والفاعلية.

٢- إن فرض هذه الرقابة لا يتسق مع السلطات الواسعة التي يتمتع بها المحكّم، وبخاصة عندما يكون مفوضاً بالصلح، ويعفى من تطبيق القانون على محل النزاع.

٣- إن وجود هذه الرقابة يعد أكثر خطورة على نظام التحكيم من قرار المحكّم ذاته ، كما أن هذه الرقابة مضيعة للوقت والتكاليف، وتفسد نظام التحكيم بالكلية[1].

الفرع الثاني: ***صور الرقابة القضائية على أعمال المحكّم.***

المسألة الأولى: *الرقابة السابقة:* يمارس القضاء سلطة تقديرية في تقديم أوجه المساعدة تيسيراً على الأطراف وحماية لخصومة التحكيم ولا يقدم هذه المساعدة إجباراً، وهذه السلطة التقديرية تمكنه من ممارسة دوره الرقابي للتحقق من صحة الإجراءات، ومن المسائل التي تعرض على القضاء، ما يتعلق بصحة اتفاق التحكيم، وما يتعلق بتعيين المحكّم واستبداله، ورده وإنهاء مهمته إذا توافرت الشروط التي تجيز ذلك، كما أنه ينظر في المنازعات التي قد تثور حول تشكيل هيئة التحكيم وإزالة الصعوبات التي تعترض إتمام التعيين، إضافة إلى أن للقضاء سلطة

---

[1] دور المحكّم وحدود سلطاته، هدى مجدي عبدالرحمن، رسالة دكتوراه، ص٣٢٤ .

في اتخاذ الإجراءات الوقتية والأوامر التحفظية، وإجراءات الإثبات والفصل في المسائل الأولية التي تخرج عن نطاق اختصاص المحكّم، وأخيراً النظر فيما يقدم له من طعون[1].

المسألة الثانية: *الرقابة اللاحقة:* يمارس القضاء بصفة عامة، سلطة الرقابة القضائية على الأحكام القضائية من خلال طرق الطعن العادية وغير العادية، ويدخل في ذلك الرقابة على أحكام التحكيم، وهذه الرقابة تتمثل في التأكد من صحة الحكم، وكذلك الرقابة من خلال طلب تنفيذ الحكم، وطلب إبطاله ، والهدف من تقرير مبدأ الرقابة اللاحقة، هو إصلاح عيوب الحكم ومنح الأطراف الثقة في التحكيم تحقيقاً لفاعليته[2].

الفرع الثالث: ***موقف نظام التحكيم السعودي من مبدأ الرقابة على أعمال المحكّم.***

عرفنا فيما سبق أن هناك نظريتين تجاه مبدأ إعمال الرقابة: الأولى تقرر إعمال مبدأ الرقابة، والأخرى تمنع ذلك، ولكل واحدة حجج ومسوغات لذلك، و الذي يترجح هو مبدأ إعمال الرقابة، لأن وجود هذه الرقابة لا يفسد نظام التحكيم، وإنما يدعم وجوده ويضمن فاعليته، وفي استبعاده مخاطرة بحقوق الأطراف وبصفة خاصة عندما يقعون ضحية لتدليس المحكّم، أو إهمال القائمين على مؤسسات التحكيم، كما أن لمبدأ الرقابة دوراً في المساعدة ومعالجة أوجه النقص في سلطات المحكّم، فهي تهدف إلى ضمان صحة الحكم والحفاظ على الجوهر القضائي السليم لخصومة التحكيم[3]، وقد ساير المنظم السعودي هذا الاتجاه الحديث ومنح القضاء دوراً

---

[1] المرجع السابق ، ص٣٤٢ .

[2] المرجع السابق ،ص٣٥٩ .

[3] المرجع السابق ، ص٣٢٣ .

شاملاً في نطاق التحكيم لا يقتصر على مرحلة إصدار الأمر بالتنفيذ، وإنما أصبح موجوداً منذ الاتفاق على التحكيم، ثم بعد صدور الحكم، أي أنه أخذ بمبدأ الرقابة السابقة واللاحقة، وإعمال المنظم لمبدأ الرقابة على أعمال المحكَّم ينحلي في المسائل التالية:

المسألة الأولى: *دور القضاء في تعيين المحكَّم و اعتماد وثيقة التحكيم.* (رقابة سابقة)

لقد أعطى النظام الحق للقضاء في تعيين المحكَّم وفق حالات محددة، يحق للجهة المختصة بموجبها تعيين المحكَّم، وهذه الحالات حددتها المادة العاشرة من النظام بقولها: "إذا لم يعين الخصوم المحكمين، أو امتنع أحد الطرفين عن تعيين المحكَّم، أو المحكمين الذين ينفرد باختيارهم، أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين عن العمل أو اعتزله، أو قام به مانع من مباشرة التحكيم، أو عُزل عنه و لم يكن بين الخصوم شرط خاص، عينت الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع من يلزم من المحكمين..."، ومما تجدر الإشارة إليه هنا: أن الجهة المختصة تلتزم بما ينص عليه اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف فيما يتعلق بعدد المحكمين إذا كان لم يتم تعيينهم بعد أو لم يتم تكملة عددهم بحدود المتفق عليه، كما أن لها نفس الصلاحيات إذا لم يكن عدد المحكمين وتراً و لم يتفق الخصوم على تعيين المحكَّم المرجح، كما أن هذا الحق في التعيين مرهون بعدم وجود شرط خاص يحدد كيفية تعيين المحكَّم أو المحكَّمين في حال تعددهم كأن يتفق الطرفان على أنه في حالة عزل المحكَّم أو اعتزاله يقوم شخص آخر بالتحكيم بدلاً منه، فوجود مثل هذا الشرط يوجب الاعتداد به وينزع اختصاص الجهة المختصة بتعيين المحكَّم، إلا إذا امتنع أحدهما عن التنفيذ فيكون للطرف الآخر أن يطلب من الجهة المختصة أن تتدخل، ويقتصر تدخلها على

إجبار الخصم على تنفيذ ما تم الاتفاق عليه بموجب الشرط الذي تم بينهما، والحكم الصادر منها يعتبر حكماً نهائياً لا يجوز الطعن فيه البتة.

وأما ما يتعلق باعتماد وثيقة التحكيم: فبعد أن يتم اختيار المحكَّمين والاتفاق معهم يقوم الخصوم بصياغة وثيقة التحكيم وفقاً للشكل الذي حدده النظام، وبعد أن يتم توقيعها من الخصوم ومن المحكَّم أو المحكمين في حال تعددهم يتم إيداعها لدى الجهة المختصة، والتي تقوم بدورها باعتماد وثيقة التحكيم والمصادقة عليها، ويتم الاعتماد عن طريق التأشير به على وثيقة التحكيم، أو عن طريق إصدار الجهة المختصة قراراً مستقلاً بذلك، ولا يمكن إجراء التحكيم بدون اتخاذ هذا الإجراء الذي تطلبه النظام، والذي يهدف إلى إسباغ نوع من الرقابة الرسمية القضائية على عملية التحكيم، هذه الرقابة التي بدورها تسبغ الشرعية القضائية على عملية التحكيم برمتها، وعليه فلا يمكن بحال من الأحوال اعتبار الطبيعة القانونية لهذا الإجراء بمجرد تحقق من شخصية أطراف التحكيم عن طريق المصادقة على تواقيعهم، أو أنها بمجرد رقابة موضوعية على صحة اتفاق التحكيم تتم عن طريق توثيقه بشكل رسمي أمام الجهة المختصة بالفصل في النزاع[1]، وقد جاء نص النظام على هذا المبدأ من خلال المادة الخامسة من النظام والتي جاء فيها: "يودع أطراف النزاع وثيقة التحكيم لدى الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع ويجب أن تكون هذه الوثيقة موقعة من الخصوم أو من وكلائهم الرسميين المفوضين ومن المحكمين ، وأن يبين بها موضوع النزاع...." ، وكذلك من خلال نص المادة السادسة والتي

---

[1] البحاد، مرجع سابق ، ص١٦٦ .

جاء فيها: "تتولى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع قيد طلبات التحكيم المقدمة إليها وتصدر قراراً باعتماد وثيقة التحكيم"، وعليه فلا يمكن إجراء التحكيم بدون اتخاذ هذا الإجراء.

المسألة الثانية: *دور القضاء في إجراءات وطرق الحكم.*

بعد اعتماد وثيقة التحكيم، وبدء المحكّم في إجراءات التحكيم، يبدأ دور القضاء في رعاية إجراءات التحكيم منذ البداية، فتتم كافة البلاغات، سواء فيما يتعلق بإعلان اعتماد وثيقة التحكيم، أو فيما يتعلق بالإخطارات والإعلانات المنصوص عليها في نظام التحكيم، عن طريق أحد موظفي الجهة المختصة، بموجب نص المادة الثامنة والتي جاء فيها: "يتولى كاتب الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع كافة الإخطارات، والإعلانات المنصوص عليها في هذا النظام"، وقد أوجب النظام على كاتب الجهة المختصة، أن يقوم بأعمال سكرتارية هيئة التحكيم، وذلك بموجب نص المادة التاسعة من اللائحة التنفيذية والتي جاء فيها: "يتولى كاتب الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع القيام بأعمال سكرتارية هيئة التحكيم وإنشاء السجلات اللازمة لقيد طلبات التحكيم وعرضها على الجهة المختصة لاعتماد وثيقة التحكيم، كما يتولى الإخطارات والإعلانات المنصوص عليه في نظام التحكيم وأية اختصاصات أخرى.." وللقضاء أيضاً التأكد من أن المحاكمة تجري وفقاً للأصول القضائية المعتبرة شرعاً ونظاماً، وفي حالة اكتشف القضاء أن هيئة التحكيم قد تخطت أو أهملت شيئاً من هذه الإجراءات، فإن للجهة المختصة تقرير ما يلزم حيال ذلك، كما أن للجهة المختصة النظر في كل ما يرفع إليها من قبل هيئة التحكيم، كالنظر في تأديب من أساء من الخصوم، وقد قررت المادة الثالثة والعشرون

ذلك بقولها: "...على انه إذا وقعت مخالفة من أحد الحاضرين بالجلسة، يقوم بتحرير محضر بالواقعة ويحيله إلى جهة الاختصاص.."، وكذلك الفصل في المسائل التي تخرج عن ولاية هيئة التحكيم، كوقوع حادث جنائي، أو طعن بتزوير ونحو ذلك، وهذا الاختصاص منعقد بموجب نص المادة السابعة والثلاثين والتي جاء فيها: "إذا عرضت خلال التحكيم مسألة أولية تخرج عن ولاية هيئة التحكيم أو طعن بتزوير في ورقة أو اتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها أو عن حادث جنائي آخر أوقفت الهيئة عملها، ...إلى أن يصدر حكم نهائي من الجهة المختصة بالفصل في تلك المسألة العارضة"، كما أن لجهة الاختصاص النظر في طلب حضور الخصوم عند طلب هيئة التحكيم ذلك، وكذلك إجبار الخصوم على تقديم ما لديهم من مستمسكات، ولجهة الاختصاص أيضاً تقرير عزل المحكّم من عدمه، ولها تقرير ما يترتب على ذلك من حقوق مالية سواء للمعزول أو طالب العزل، كما لها الحق في تقرير رد المحكّم من عدمه، وذلك بموجب نص المادة الثانية عشرة والتي جاء فيها: "يطلب رد المحكم...، ويرفع طلب الرد إلى الجهة المختصة أصلا بنظر النزاع...".

المسألة الثالثة: دور القضاء في اعتماد وتنفيذ الحكم التحكيمي.

للقضاء دور إشرافي يتمثل في الإشراف على إصدار الحكم وتنفيذه والتأكد من صحته، فإذا تم قفل باب المرافعة وتهيئة الدعوى للحكم، فإنه يجب على المحكّم إصدار الحكم ولا يحق له التأخير بدون مبرر ظاهر، وإذا لم يتم ذلك، جاز لمن شاء من الخصوم رفع الأمر إلى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع لتقرر النظر في الموضوع والأمر بإنهائه أو مد الميعاد لفترة أخرى،

وهذا ما قررته المادة التاسعة من النظام بقولها: "يجب الحكم في النزاع في الميعاد المحدد في وثيقة التحكيم....، وإلا جاز لمن شاء من الخصوم رفع الأمر إلى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع لتقرر إما النظر في الموضوع، أو مد الميعاد لفترة أخرى"، ويجب على هيئة التحكيم عند صدور أي حكم، سواء فيما يتعلق بالحكم النهائي المنهي للقضية، أو فيما يتعلق بتنفيذ إجراء من إجراءات سير الدعوى، إيداع الحكم خلال خمسة أيام من تاريخ صدوره لدى الجهة المختصة بنظر النزاع، ويبلغ الخصوم بذلك، وإذا كان هناك اعتراض على الحكم من قبل أحد الخصوم، فإنه يقوم بتقديمه لدى الجهة المختصة بنظر النزاع خلال المدة التي حددها النظام وإذا لم يتقدم بذلك فإن الحكم يكتسب القطعية، وعند تقديمه في موعده فيتم النظر في الطعن من قبل الجهة المختصة بنظر النزاع، ولها حق أن تقرر إما رفض هذا الاعتراض وتصدر الأمر بتنفيذ الحكم، أو قبوله والفصل فيه، فتقديم الاعتراضات من قبل الخصوم يكون للجهة المختصة بنظر النزاع أصلاً، ولا يحق لهم تقديمها إلى أي جهة أخرى كمؤسسة التحكيم أو محكّم آخر، وإنما ينحصر التقديم لدى الجهة المختصة، ويكون لها أيضاً الكلمة الفصل في الموضوع المقدم لها، وأساس هذه الصلاحيات هو نص المادة الثامنة عشرة من نظام التحكيم والتي جاء فيها: "جميع الأحكام الصادرة من المحكمين ولو كانت صادرة بإجراء من إجراءات التحقيق يجب إيداعها خلال خمسة أيام لدى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع...، ويجوز للخصوم تقديم اعتراضاتهم على ما يصدر من المحكّمين إلى الجهة التي أودع لديها الحكم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغهم بأحكام المحكمين وإلا أصبحت نهائية"، وكذلك نص

المادة التاسعة عشرة والتي جاء فيها: "إذا قدم الخصوم أو أحدهم اعتراضا عل حكم المحكمين...، تنظر الجهة المختصة أصلاً بنظر الـتراع في الاعتراض، وتقرر إما رفضه وتصدر الأمر بتنفيذ الحكم، أو قبول الاعتراض وتفصل فيه"، ومن مظاهر دور القضاء في اعتماد الحكم وتنفيذه، والذي يدخل ضمن الرقابة اللاحقة على أعمال المحكَّم: إشراف الجهة المختصة على الحكم بعد صدوره، من حيث الأمر بتصحيح الأخطاء المادية، وتفسير الحكم ونحو ذلك، وقبول الحكم بعد اكتماله، وإصدار الأمر بتنفيذه بعد التثبت من عدم ما يمنع من تنفيذه شرعاً، وينعقد هذا الاختصاص بموجب نص المادة العشرين من النظام والتي نصت على أن: "يكون الحكم واجب التنفيذ عندما يصبح نهائياً، وذلك بأمر من الجهة المختصة أصلاً بنظر الـتراع ويصدر هذا الأمر بناء على طلب أحد ذوي الشأن بعد التثبت من عدم وجود ما يمنع من تنفيذه شرعاً"، وكذلك نص المادة الحادية والعشرين والتي جاء فيها: "يعتبر الحكم الصادر من المحكمين بعد إصدار الأمر بتنفيذه حسب المادة السابقة في قوة الحكم الصادر من الجهة التي أصدرت الأمر بتنفيذه".

المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه والنظام:

من خلال العرض السابق لمبدأ الرقابة على أعمال المحكَّم من الناحية الفقهية والنظامية، يتبين لي أن الفقهاء ــــ رحمهم الله ــــ يقرون بمبدأ الرقابة على أعمال المحكَّم، لكن الذي يظهر من عباراتهم، أنهم يقرون بإحدى صور الرقابة، ألا وهي الرقابة اللاحقة، والتي لها تعلق بالحكم من الناحية الموضوعية ومن الناحية الإجرائية، إضافة إلى أن بعضاً منهم لا يقول بتدخل القاضي في

إجراءات التحكيم إلا بعد الرفع إليه، أما من الناحية النظامية: فقد أخذ المنظم السعودي ــ كما قررنا سلفا ــ بوجهة النظر التي تؤيد مبدأ إعمال الرقابة السابقة منها واللاحقة، وبذلك يخالف المنظم الرؤية الفقهية، حيث قرر الرقابة على المحكّم، منذ الاتفاق على التحكيم وحتى إصدار الحكم، والذي يظهر: أن ما نزع إليه المنظم ليس فيه مخالفة شرعية، وليس في ذلك إلا مزيداً من الضمانات والاحتياطات، ثم إن الذي يغلب على تدخل القضاء وخصوصاً أثناء الإجراءات، طابع المساعدة من أجل تيسير الإجراءات، وممارسة الرقابة من خلال هذه المساعدات، أما تدخله بعد الحكم فهو بهدف جعل الحكم صالحاً للتنفيذ بعد التأكد من توافر عناصر الصحة فيه، وكذلك تصحيحه وإلغاؤه إذا شابه البطلان، وقد عاب بعض المعاصرين ما أخذ به نظام التحكيم من إعمال الرقابة السابقة ، وعدّ ذلك تدخلاً من قبل القضاء[1]، وهذا التدخل مخالف لنظرية استقلال التحكيم عن القضاء، و مخالف لما ذهب إليه الفقهاء، وقد ساق العديد من الحجج والبراهين التي يعترض بموجبها على تدخل القضاء في إجراءات التحكيم، من ذلك قوله: "أن نظام التحكيم ظهر قبل نظام القضاء العام للدولة فقد كان التحكيم معروفاً في الجاهلية قبل القضاء و لم يكن عليه رقابة لا من القضاء العام للدولة ولا من غيره فكيف يكون السابق تابعاً للاحق، ثم إن الهدف من التحكيم هو سرعة البت في هذا النزاع وفضه وإنهائه في أسرع وقت ممكن اختصاراً للوقت وللمصاريف، والقول باستقلال المحكّم عن الرقابة القضائية يحقق ذلك الهدف، ثم إن القول بالاستقلال يتوافق مع ما ذهب إليه الفقهاء ــ

---

[1] وهو رأي الدكتور واصل المذن ، وقد قرر ذلك في ورقة عمل مقدمة إلى ملتقى التحكيم السعودي الأول من منظور إسلامي ودولي ، بعنوان أصل الصلح والتحكيم في الشريعة الإسلامية ، ص١٥ .

رحمهم الله ـــ فهم لا يعرضون شيئاً من التحكيم على القضاء إلا بعد صدور الحكم التحكيمي، مما يدل على أن جميع الإجراءات السابقة تتم عن طريق الأطراف ذاتهم، ثم ذكر بعضاً من الصور التي اعتمدها النظام والتي أدت إلى تدخل القضاء في التحكيم مع أن الأولى عدم دخوله فيها، كاعتماد وثيقة التحكيم، وكالتبليغ والإخطار والإعلان، وكاتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية، ويرى أن مثل هذه الإجراءات تعرقل المقصد من التحكيم وهو سرعة البت في التزاع المعروض وإن كان القصد هو الرقابة فإن ذلك حاصل بعرض الحكم على الجهة المختصة لإعطائه الصفة التنفيذية، كما أن في ذلك تقييداً لصلاحيات المحكَّم وتقييداً لإرادة الطرفين، وإقحاماً للقضاء في نزاع يخضع لسلطان الإرادة المطلقة. ويرى أن الأولى تضييق المجال على القضاء العام من التدخل في التحكيم في أضيق نطاق واقتصاره فقط على النقاط التالية: ١- مراجعة أحكام المحكَّم قبل إصدار الأمر بتنفيذها، ٢- التصدي للفصل في الطعون في أحكام المحكَّمين، ٣- معاونة القضاء للتحكيم في الحالات التي تقتضي التمتع بسلطة الأمر التي لا يتمتع بها المحكَّم كإجبار شاهد على الحضور أمام المحكَّم أو إجبار الغير على تقديم مستند تحت يده، ٤- تدخل القضاء يكون في الحالات التي تتسبب في تعثر عملية التحكيم مع عدم اتفاق الخصوم على مواجهتها كامتناع الخصوم على تعيين محكَّم أو امتناع المحكَّم عن مباشرة عمله أو عزل المحكَّم أو رده بعد رفضه طلب الرد المقدم له. لأن ذلك يتفق مع روح التحكيم والهدف والمقصد منه[1].

---

(١) المرجع السابق .

المبحث السادس: الخلاف حول تقرير مسؤولية المحكّم:

مما هو معلوم أن المحكّم يناط به العديد من الالتزامات القانونية والتعاقدية أثناء تأديته لمهمتة التحكيم، والمحكّم ما هو إلا إنسان عرضة لارتكاب الأخطاء، سواء كانت أخطاء لا إرادية كالخطأ في الحساب أو غلطات القلم المادية، أو تكون أخطاء عمدية تقع بسوء نية بقصد الإضرار بأحد الأطراف، وإزاء هذا الوضع فإن المتعاملين ــــ أياً كانت أغراضهم ــــ لن يقدموا على اختيار التحكيم كوسيلة لحسم النزاع إلا من خلال توقع لمعاملة عادلة، وتناول سليم للمسائل المطروحة، وكون المحكّم على مستوى أخلاقي رفيع، وهذا يقتضي من المحكّم عدم ارتكاب أية أخطاء سواء أكانت متعمدة أم غير متعمدة، من خلال الالتزام بأقصى حد من الحرص والتبصر، ليتجنب الخصوم الأخطاء الإجرائية والموضوعية، ولعله ليس من قبيل المبالغة القول أن تفويض الأطراف للمحكّم في حسم النزاع، هو تفويض معلق على شرط ضمني مؤداه عدم ارتكابه أية أخطاء متعمدة أو غير متعمدة، حيث أن الأطراف تهدف من خلال اللجوء إلى التحكيم إلى تجنب أسباب التعطيل أو تكبد مصروفات إضافية، فإذا كان الحكم الصادر باطلاً أو لا تتوافر فيه مقومات التنفيذ، ضاع وقت الخصوم وما تكبدوه من مصروفات هباءً، وتبددت جدوى التحكيم وفائدته ،وإزاء كل هذه الاعتبارات، فإن المحكّم مطالب بمراعاة مسلك معين هو مسلك القاضي، بما يفرضه عليه من واجبات والتزامات ثقيلة وفي نفس الوقت،يجب أن توضع ضوابط لمسئولية المحكّم إذا قصر وارتكب خطأً ترتب عليه إصابة أحد الخصوم بضرر، وبالتالي فإنه لا يمكن تصور اكتمال وجود نظام التحكيم بدون

تقرير مسئولية المحكَّم[1]، وقد التزم المنظم في نظام التحكيم السعودي الصمت حيال هذه القضية فلم يتطرق إلى موضوع مسئولية المحكَّم من قريب أومن بعيد، شأنه في ذلك شأن معظم أنظمة التحكيم الأخرى، بيد أن هناك القليل من أنظمة التحكيم[2] رصدت بعض النصوص التنظيمية التي تتكلم بتهيب عن مسئولية المحكَّم عن بعض الأخطاء المميزة التي قد تقع منه، الأمر الذي كان له الأثر البالغ في التأثير على الاتجاهات القضائية في معالجتها لهذا الموضوع، والموقف منه، وأياً كانت النتيجة، فإنه يمكننا القول: أن الخلاف الدائر حول طبيعة مسؤولية المحكَّم ينحصر في اتجاهين: الأول يرفضها ، والآخر يقر بها، والكلام في هذا المبحث ينحلي في المطالب الآتية:

المطلب الأول: رفض مسؤولية المحكَّم: جرّاء الصمت الرهيب من قبل معظم أنظمة التحكيم حيال مبدأ مسؤولية المحكَّم، وعدم الجرأة في وضع نصوص تنظيمية تعالج إطار المسؤولية بوضوح، ظهر اتجاه تبناه بعض الشراح وبعض الجهات القضائية، يدافع عن حماية المحكَّم المطلقة ويرفض أي حديث عن مسؤولية المحكَّم، وهذا الاتجاه يستند على عدة مسوغات، لعلي أعرضها بوضوح لتتضح بجلاء الأبعاد الحقيقة وراء هذا الاتجاه، ولنرى مدى عدالة هذه المسوغات من عدمها، وبيان ذلك كما يلي:

١- توفير الفاعلية والاحترام لأحكام التحكيم فأحكام التحكيم نهائية ولا تقبل الطعن وفقا للمفاهيم السائدة في الطعن في الأحكام القضائية. ومهاجمة حكم التحكيم والاعتراض عليه

---

[1] راجع : هدى عبدالرحمن ، مرجع سابق ، ص٣٨٤ ؛ أبوالعلا النمر ، مرجع سابق ، ص١٢٥ .

[2] كنظام التحكيم الايطالي ؛ ونظام التحكيم النمساوي ، ونظام التحكيم الاسباني ، والصيني .

يكون عن طريق رفع دعوى مبتدأه بالبطلان أمام المحكمة المختصة، والسماح لأحد الخصوم برفع دعوى مسؤولية المحكّم لارتكابه خطأ سوف يكون وسيلة غير مباشرة للطعن في الحكم ومراجعته أمام القضاء، وهذا الأمر يهدر الحكمة التشريعية[1] التي يتوخاها المنظم من نهائية أحكام التحكيم، ولذلك لم يقبل القضاء في بعض قضائه دعوى المسؤولية ضد المحكّم مراعاة لما يجب أن يتوفر من احترام لأحكام التحكيم وعدم جواز مهاجمة الحكم إلا من خلال الطريقة التي حددها النظام وهي دعوى البطلان.

٢-المحكّم يقوم بوظيفة قضائية، وهذا الطابع القضائي يمنح المحكّم حصانة تحول دون طلب مناقشة الحكم ومراجعته بناء على طلب الخصوم، كما أنها تحول دون تقرير مسئوليته، وعلى سبيل المثال فإن الخطأ الجسيم في تقدير الوقائع والحلول ليس من شأنه أن يرتب مسؤولية المحكّم الشخصية، والهدف من ذلك حماية المحكّم وتوفير الطمأنينة له حتى لا يطارد من قبل الخصوم بعد إصدار الحكم بدعوى ارتكاب خطأ فني، أو خطأ في تقدير الوقائع محل النزاع ولذلك فإن المحكّم يتعين أن يستفيد من الحصانة التي يتمتع بها القاضي.

٣- من أجل توفير مناخ مستقر لممارسة مهمة التحكيم وتخفيف العبء على كاهله، يتعين عدم تقرير مسؤولية المحكّم والاكتفاء بإلغاء الحكم، كما أن مراعاة ما ينبغي أن يتوافر للمحكّم من نزاهة واحترام يحول دون تقرير دعوى المسؤولية حمايةً للمحكّم ومركزه القضائي.

---

[1] قصدت بهذه الكلمة التشريع بناءً ، وليس ابتداءً .

٤- إن في عدم تقرير مسؤولية المحكّم، مراعاة لهيبة التحكيم وما ينبغي أن يتوافر له من احترام وفاعلية كوسيلة سريعة لتسوية المنازعات، ذلك أن استجواب المحكّم في دعوى المسؤولية من قبل محامي الطرف المضرور سوف يفقد التحكيم قيمته كنظام قضائي، كما أن مثول المحكّم أمام المحكمة ومناقشته واستجوابه من شأنه أن يفقد المحكّمين هيبتهم وما ينبغي أن يتوافر لهم من احترام في أداء مهمة التحكيم.

٥- هناك اعتبار عملي يحول دون تقرير مسؤولية المحكّم، يتمثل في صعوبة إثبات خطأ المحكّم في الواقع بسبب طابع السرية الذي يهيمن على خصومة التحكيم ويخول المحكّم سلطات كبيرة في إدارة الإجراءات إلى حد يتعذر معه على الخصوم الحصول على دليل كتابي يثبت خطأ المحكّم في ظل ضعف الرقابة القضائية في واقع التحكيم، فمن الملاحظ أن السرية التي تسدل على إجراءات التحكيم، تجعل من المتعذر على الأطراف الوقوف على حقيقة ما يحدث وراء منصة التحكيم، فضلاً عن استحالة الإمساك بدليل فعلي لإثبات التحيز أو أي عوار في الحكم كما أن الحماية القانونية الصارمة للمحكّم من جانب وغياب التنظيم القانوني للمسؤولية من جانب آخر ترتب عليه تردد الأفراد كثيراً وإحجامهم عن رفع دعوى المسؤولية في مواجهة المحكّمين بعد أن بات واضحاً تعاطف القضاء إلى جانب المحكمين لعدم وجود قواعد قانونية تدعم مطالب المضرور ويمكن الاستناد عليها، ولاسيما وأن الدعاوى النادرة التي رفعت على محكّمين باءت بالفشل.

المطلب الثاني: ***تقرير مسؤولية المحكّم:*** في الواقع أن المبررات التي ساقها أصحاب الاتجاه القائل برفض مبدأ المسؤولية، والذي سبق ذكره في المطلب السابق، غير كافية لمنع تقرير مسؤولية المحكّم، ذلك أنه من الثابت أن القاضي بالرغم من جميع الضمانات والحصانات التي يتمتع بها بموجب النصوص النظام، إلا أن ذلك لا يمنع من تحمله المسؤولية حال الإخلال بواجبات الوظيفة وذلك في إطار (دعوى المخاصمة) فحصانة القاضي ليست مطلقة والقاضي الملتزم بواجبات الوظيفة لا يخشى تهديد هذه الدعوى ويقوم بعمله في جوٍ من الاستقرار والطمأنينة، ولذلك فقياس المحكّم على القاضي هو قياس مع الفارق ولا يؤدي إلى النتيجة التي ينشدها الاتجاه السابق من حيث منح المحكّم حصانة مطلقة، وفي الواقع العملي، فإن المحكّم قد يتجاوز سلطاته ويرتكب أخطاء فادحة، تؤدي إلى إصابة أحد الأطراف بأضرار جسيمة، وقد يكون حكم التحكيم ــ بسبب خطأ المحكّم ــ مشوباً بعيب جوهري فيترتب على ذلك إبطاله، وهنا يلاحظ أن الاكتفاء بإبطال الحكم كجزاء وإن كان يحقق مصلحة للمضرور في رفع الظلم عنه، إلا أن ذلك الجزاء لا يمس المحكّم أو يلحقه بضرر رغم أنه السبب في إبطال الحكم، بالإضافة إلى أن إبطال الحكم لا يرفع جميع الأضرار التي أصابت المضرور والمتمثلة في أتعاب ومصروفات التحكيم وعنصر الوقت الذي أهدر، فهل من العدل أن يترك المحكّم ينعم بالمبالغ الباهظة التي تقضاها كأتعاب في مقابل التحكيم؟ ولا شك أن هذه الاعتبارات تقتضي البحث في مسؤولية المحكّم عن هذه الأضرار بصفة مستقلة عن دعوى بطلان الحكم، بالإضافة إلى أنه ينبغي تقرير مسؤولية المحكّم عن الضرر الذي يلحق الأطراف عندما يرفض القضاء

الاعتراف بحكم التحكيم أوتنفيذه، ذلك أن من صدر حكم التحكيم لصالحه يتكبد الكثير من المجهودات والمصروفات عند تنفيذ الحكم ثم يفاجأ بما يحول دون ذلك لأسباب قد تتعلق غالباً في مجملها بمسلك المحكّم، وهنا تبرز فكرة مسؤولية المحكّم كجزاء واقعي عن ضرورة احترام القيم الأخلاقية ويستجيب لنداء العدالة، ويضمن سلامة مسلك المحكّم، ولذلك يرى أصحاب هذا القول: أن المحكّم يرتبط تعاقدياً مع الأطراف على القيام بمهمة معينة وهي حسم النزاع ولذلك فإنه يسأل عن تعويض الأضرار التي أصابت أطراف التحكيم من جراء مسلكه غير المشروع، ويدعمون قولهم بالمسوغات التالية:

١- إن الدافع وراء اللجوء إلى التحكيم هو الثقة في المحكّم وفي عدالة حكمه، وفي غياب قواعد المسؤولية ليس هناك ما يضمن عدالة المحكّم، أو يحول دون تحيزه واستبداده، وبصفة خاصة عندما يعين من قبل الغير، وهذا يقتضي حماية الأطراف وتعويضهم عندما يثبت أن المحكّم ليس جديراً بهذه الثقة، فثقة الأطراف في المحكّم يهدرها إهماله أو إساءة استخدام سلطاته، إضافة إلى أن مهنة التحكيم تدر على المحكّم أرباحاً كبيرة، ومن ثم يتعين أن يتحمل مغبة أي تقصير أو إهمال في أداء عمله ولاشك أن المحكّم الحريص سوف يكون بمنأى عن تحمل المسؤولية.

٢- غياب سبل الرقابة القضائية على عملية التحكيم، وهذا من شأنه ليس فقط تقرير مسؤولية المحكّم، وبل ومضاعفة مسؤوليته عن مسؤولية القاضي الذي يخضع للرقابة .

٣- الاحتجاج بوجود نظام الرد والإقالة وإبطال الحكم غير مقبول، ذلك لأن هذه العقوبات لا تعوض الطرف المضرور عن جميع الأضرار التي أصابته والمتمثلة في مصاريف التحكيم والوقت والجهد الذي أهدر، وعليه فإنها لا تحول دون محاسبة المحكّم عن أخطائه التي استوجبت الرد، فلن يكون لهذه العقوبات معنى ما لم تقترن بدعوى المسؤولية.

٤- يتمتع المحكّم بسلطات واسعة في خصومة التحكيم تفوق تلك التي يتمتع بها القاضي قوامها ثقة الأطراف في عدله ونزاهته، وبدون تقرير قواعد المسؤولية، لا يوجد ما يضمن عدالة المحكّم أو يحول دون استبداده ولاسيما أن تدخل السلطة القضائية لرقابة عملية التحكيم لا يتم إلا في نطاق محدود مراعاة للطابع الرضائي واحتراما للسرية التي يتميز بها التحكيم.

٥- إن في تقرير قواعد واضحة لمسؤولية المحكّم استجابة لنداء العدالة التي تتأذى من وجود خطأ بدون عقاب، ولاسيما في حالات ثبوت عدم مشروعية مسلك المحكّم كما في حالة التحيز الشخصي من جانبه، أو إتباعه أساليب تدليسية ترقى إلى مرتبة الغش، والمسؤولية من شأنها دفع المحكّم إلى تحري الدقة في الإجراءات وضمان فعال لصحة الأحكام وفي الواقع أن مساءلة المحكّم عن تصرفه الخاطئ من شأنه مراعاة العدالة الإجرائية والحد من فوضى التسيب في عملية التحكيم، والعقبة الجوهرية التي تقف أمام تقرير مسؤولية المحكّم في الواقع العملي لا تعد عائقاً يحول دون إقرار مبدأ مسؤولية المحكّم ووضع ضوابط واضحة لتحديد نطاقها وكيفية حماية الطرف المضرور[1].

---

[1] راجع : أبو العلا النمر ، مرجع سابق ، ص١٢٧؛ هدى عبدالرحمن ، مرجع سابق ، ص٣٨٥ .

الرأي الراجح: من خلال ما سبق وبعد إمعان النظر في حجج كل فريق، يترجح لي القول بتقرير مسؤولية المحكّم، وذلك لقوة أدلتهم ، ولأن الرأي القائل بتقرير مسؤولية المحكّم يتوافق وطبيعة عمله، بل ويساعده على الانضباط في مسلك التحكيم، وليس في ذلك إجبار للمحكّم على إحجامه عن ممارسة التحكيم أو على الأقل تخوفه من إبداء رأيه الاجتهادي تجنباً للمسؤولية ، كما أنه لا يمكن إنكار صعوبة إثبات خطأ المحكّم وأن ذلك يشكل عقبة أمام تحديد مسؤولية المحكّم وقد تكون حائلاً دون ذلك، غير أن هذا لا يحول دون إقرار مسؤولية المحكّم ، وعليه فإن وجود نص في عقد التحكيم يقرر إعفاء المحكّم من المسؤولية مطلقاً ، يعد نصاً باطلاً ، ويتعين على المحتكمين عدم قبول الإعفاء ، إذ أن قبول الإعفاء من المسؤولية هو في حقيقته شرط مقتضاه : أن يبذل المحكّم في ممارسته لمهمته حرصاً أقل مما تفرضه القواعد المهنية ، وهو مما لا يصح ، وبناء على هذا الترجيح يثور تساؤل مفاده : ما طبيعة هذه المسؤولية وما نطاقها ؟ وهو ما تجيب عنه المطالب التالية:

المطلب الثالث: ***طبيعة مسؤولية المحكّم.***

تكمن أهمية هذا المطلب في أنه ينبني عليه تحديد القانون الواجب التطبيق على مسؤولية المحكّم وقد اختلف الشراح في تحديد طبيعة مسؤولية المحكّم التي يتحملها في حالة إخلاله بالالتزامات المفروضة عليه، على قولين: منهم من يخرج مسؤولية المحكّم من إطار المسؤولية المدنية ويضعها في إطار المسؤولية المهنية، ويرى أن مسؤولية المحكّم لا تجد أساسها في العلاقة التعاقدية المباشرة التي تجمع بين المحكّم والخصوم، وإنما في المهمة التي يؤديها كقاض لهم وبناء عليه يرى وجوب

تجاوز العقد كأساس للمسؤولية إلى تطبيق قواعد المسؤولية المهنية والتي تتجاوز المسؤولية العقدية والتقصيرية، ويرى أن هذا النوع من المسؤولية قد يكون أكثر ملاءمة لالتزامات المحكّم، ذلك أن الطابع المهني للخطأ يشكل معياراً خاصاً لتقدير الخطأ قد لا تتيح قواعد المسؤولية العقدية أو التقصيرية مساءلة المحكّم استناداً إليه[1]، في حين عارض بعض الشراح هذا التوجه بشدة، ويرى أن العبارات المستخدمة في التعبير عن الفكرة السابقة (فكرة المسؤولية المهنية) ما هي إلا عبارات رنانة وجذابة، وأنها تنتهي إلى توفير حماية معتبرة للمحكّم على حساب الأطراف على نحو يتعارض مع المفاهيم القانونية السائدة في مجال المسؤولية، كما أنه يرى ضرورة أن يكون تقدير الخطأ وفق معيار موضوعي لا شخصي.

وعند بيانه لطبيعة مسؤولية المحكّم قرر القول بأنها مسؤولية عقدية وأن ذلك هو الوضع الطبيعي لها، فالعقد هو أساس سلطة المحكّم مع التسليم بأنه لا يمكن استبعاد المبادئ الجوهرية للمنهجية القضائية للمحكّم في حسم النزاع[2]، وهذا هو الرأي الراجح.

المطلب الرابع: نطاق مسؤولية المحكّم.

انتهينا من إثبات وتقرير مسؤولية المحكّم، كما انتهينا من إثبات طبيعتها وأنها مسؤولية عقدية وفي هذا المطلب سوف يتم تحديد نطاق هذه المسؤولية، وبناء على ذلك فإن مسؤولية المحكّم ممكن أن تثور كلما ارتكب المحكّم خطأ ينطوي على الإخلال بالقواعد العامة والفنية لمهمته أو الجهل الفاضح بأصول الشريعة والنظام، أو الانسحاب غير المشروع، أو عدم المحافظة

---

[1] هدى عبدالرحمن ، مرجع سابق ، ص٣٩٧ .

[2] أبو العلا النمر ، مرجع سابق ، ص١٤١ .

على ما تحت يده وما إلى ذلك، ويمكن تحديد نطاق هذه المسؤولية من خلال نص واضح وصريح وموجز ألا وهو: أن المسؤولية تثور بسبب أي خطأ يضر بأطراف العملية التحكيمية.

المطلب الخامس: موقف الفقه الإسلامي من ذلك.

تبين لي من خلال ما سبق أن مبدأ مسؤولية المحكَّم كان مثار جدل بين شراح القانون، حيث كانت دائرة بين مؤيد ومعارض، إلا أن الأمر الراجح يقضي بتقرير مسؤولية المحكَّم وبيان طبيعتها ونطاقها، وهذه القضية قد يظن البعض أن الشراح كان لهم الفضل في وضعها وتنظيمها، إلا أن الحقيقة غير ذلك، ذلك أن فقهاء شريعتنا الغراء كان لهم قصب السبق في ذلك، حيث قرر الفقهاء ــ رحمهم الله ــ مبدأ مسؤولية المحكَّم وجعلوا للإمام أو من ينيبه الحق في مساءلته وتأديبه، وتطبيق العقوبات التي يستحقها في حالة إخلاله بأي التزام من الالتزامات الملقاة على عاتقه، مما يدل على أن الفقه الإسلامي، يعترف بمسؤولية المحكَّم ويقر بها، ويجعل لولي الأمر أو من ينيبه الحق في محاسبة المحكَّم ومعاقبته، وإليك بعضاً من كلام الفقهاء حول هذا الموضوع: جاء في حاشية الصاوي ما نصه: "فإن حكم المحكَّم في هذه الأمور التي لا يجوز له الحكم فيها بأن جعل فيها حكما، فحكم صوابا مضى حكمه، ولا ينقض، لأن حكم المحكم يرفع الخلاف. وأدب لافتياته على الحاكم. ومحل تأديبه إن نفذ حكمه بأن اقتص أو حد أو طلق، لا بمجرد قوله: حكمت، ونحوه"[١]، وجاء في مواهب الجليل ما نصه: "... ظاهر كلام المؤلف أنه يودب سواء أنفذ الحكم أم لم ينفذه بنفسه ولكنه

---

[١] حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٢٠١/٤ .

حكم به ورفعه إلى القاضي ينفذه والذي حكم به نقله في التوضيح وابن عبد السلام وابن عرفة وفي الذخيرة وابن يونس وابن فرحون أن الأدب إنما يكون إذا أنفذ الحكم بنفسه أما إذا حكم و لم ينفذ فإن القاضي يمضي حكمه وينهاه عن العودة ونص ما في التوضيح، قال أصبغ: إذا حكم فيما ذكرنا أنه لا يحكم فيه فإن القاضي يمضي حكمه وينهاه عن العودة زاد ابن عبد السلام ويقيم الحد وغيره، انتهى. ثم قال في التوضيح: وإن فعل المحكم ذلك بنفسه فقتل أو اقتص أو حد ثم رفع ذلك إلى الإمام أدبه السلطان وزجره وأمضى ما كان صوابا من حكمه"[1] ، وجاء في حاشية الدسوقي ما نصه: "...وأدب أي لافتياته على الإمام إذا حصل الاستيفاء لما حكم به بأن قتل، أو حد، أو اقتص. والحاصل أن الأدب إنما يكون إذا نفذ الحكم أما إذا حكم و لم ينفذ ما حكم به فلا أدب عليه بل يزجر أي يعزر فقط كما لو حكم بقتل فعفي عن المحكوم عليه خلافا لظاهر المصنف من أدبه مطلقا، وقوله: فلا أدب أي ويزجر ويعزر فقط"[2]، وبعد هذا العرض السريع لهذه النتف من أقوال بعض الفقهاء رحمهم الله، يتبين لي بجلاء، أن الفقه الإسلامي كان سباقاً إلى تقرير مبدأ مسؤولية المحكَّم ومجازاته، إلا أنه لم يرتب لها أحكاماً محددة، وإنما ترك الباب مفتوحا أمام ولي الأمر أو القاضي لتقرير ما يراه مناسباً، حيال قيام المسؤولية في حق المحكَّم. والله أعلم.

***

---

[1] مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، ١١٣/٦ .

[2] حاشية الدسوقي ١٣٧/٤ .

الفصل الثاني
أركان مسؤولية المحكّم العقدية

وفيه المباحث التالية:

المبحث الأول: ركن الخطأ

المبحث الثاني: ركن الضرر

المبحث الثالث: ركن العلاقة السببية

المبحث الرابع: تطبيق بعض القواعد الفقهية على مسؤولية المحكّم

الفصل الثاني : أركان مسؤولية المحكّم العقدية وفيه المباحث التالية:

المبحث الأول: ركن الخطأ:

تمهيد: تنشأ المسئولية العقدية عن إخلال بالتزام يسبِّبُ ضرراً للغير، فهي تجمع بين الخطأ والضرر والعلاقة بينهما،وإذا قدر لي أن أبحث في خطأ المحكّم بوجه خاص،فإن السبب في ذلك يعود إلى أن خطأ المحكّم هو كسائر أخطاء أرباب المهن يتميز ببعض المميزات الخاصة به ويقتضي الوقوف عليه وصولاً للإحاطة بكل تفاصيله وتوخياً لترتيب المسؤولية،وعليّ في سبيل ذلك البحث في كل الموضوعات المتعلقة بخطأ المحكّم لاسيما أن هذا الخطأ هو شرط ضروري لقيام مسؤولية المحكّم، كما أن البحث فيه يقتضي اقتحام مجال يتسم بالغموض الشديد، وبخاصةً أن النظام لم يعالج المشكلة بالشكل المطلوب مما يجعلني في منطقة غموض ويجبرني على الاجتهاد مسترشداً بالقواعد العامة للمسؤولية العقدية، وذلك يتضح من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول:ركن الخطأ في الفقه وفيه فرعان :

الفرع الأول: تعريفه: لم يستعمل الفقهاء مصطلح الخطأ للتعبير عن الفعل الضار، إذ الخطأ عندهم هو ما يقابل الصواب، واستعملوا لفظ التعدي للدلالة على الفعل الضار، وقد يعبرون في بعض الأحيان بالتقصير أو الإهمال، والاستعمال الغالب للتعدي عند الفقهاء: يكون في تجاوز ما يجوز إلى ما لا يجوز، فهو العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي، بحيث يجاوز صاحبه حقه إلى حق غيره ويفوت عليه منفعة مقصودة[1]، فالمراد بهذا المعنى للتعدي: أن المتعدي جاوز الحد

---

[1] أحكام القرآن، لابن العربي، ٨٤/١ ؛ الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص٤١٣ ؛ بدائع الصنائع، للكاساني، ٨٣/٤.

المشروع إلى غيره، أو جاوز الحد المأذون له في حقه وتعداه إلى غيره مما أضر بغيره وهذا المعنى هو تعبير عن الظلم ومجاوزة الحق، وبناء عليه فالضرر الناتج عن عمل مباح أو استعمال حق لا يكون تعدياً عملاً بالقاعدة الفقهية: "الجواز الشرعي ينافي الضمان".

الفرع الثاني: معياره: مما لاشك فيه أن تحديد معيارٍ للشيء يكون بموجب النصوص الشرعية فإذا لم يرد الشرع بمعيار محدد ، فيكون الضابط والمعيار حينئذ هو ما جاء به العرف، يقول السيوطي[1]: "إن ما ورد به الشرع مطلقا، ولا ضابط له فيه ولا في اللغة، يرجع فيه إلى العرف"[2]، وعليه فإن المعيار الذي يقاس به التعدي عند عدم وجود نص شرعي هو: عرف الناس فيما يعدونه مجاوزة أو تعدياً في مألوفهم مما استقرت عليه أمورهم عليه سواء كان ذلك المعروف عرفا عاماً أو عرفاً خاصاً، وبذلك فالمنحرف عن السلوك المألوف شرعاً أو عرفاً يعتبر متعدياً ويلزمه الضمان، ومن النصوص الفقهية التي تبين دور العرف في تحديد معيار التعدي، ما جاء في البناية: "... وإن استعار عينا فردها إلى دار المالك لم يضمن، لأن رد العواري إلى دار المالك معتاد ، فعلى هذا إذا استعار عقدا لم يرده إلا المعير للعرف"[3]، وجاء في الذخيرة: "...إذا رد الدابة مع غلامه أو أجيره، أو جاره فعطبت لا يضمن لأن ذلك شأن الناس.."[4]، فهذه النصوص الفقهية تبين بما لا يدع مجالاً للشك ما للعرف من أهمية في تحديد متى يعتبر السلوك مجاوزةً وتعدياً، ومتى لا يعتبر كذلك، مما يدل على أن الفقه الإسلامي قد اعتمد على

---

(1) تقدمت ترجمته في صفحة ٢١ من هذا البحث.

(2) الأشباه والنظائر، للسيوطي ، ص١٩٧ .

(3) البناية شرح الهداية، للعيني ، ٧٩٣/٧ .

(4) الذخيرة ، للقرافي ، ٢٠٥/٦ .

العرف في بيان هذا المعيار وتحديده، وذلك ظاهر من خلال تعبير الفقهاء بلفظ (العادة وعرف الناس) مما يدل على سلطان العرف في تحديد معيار التعدي. والله أعلم.

المطلب الثاني: ركن الخطأ في النظام وفيه فرعان:

الفرع الأول: تعريف الخطأ: اختلف الشراح في تعريف الخطأ في المسؤولية بصفة عامة، وذلك يعود إلى أن فكرة الخطأ نسبية نوعاً ما، فتتأثر بظروف الحال والبيئة، إلا أن التعريف الشائع بين أكثر الشراح هو أن الخطأ: "إخلال بالتزام قانوني سابق مع إدراك المخل إياه"[1]، وبما أن كلامنا في هذا البحث في المسؤولية العقدية فما يهمنا هو بيان **معنى الخطأ العقدي** ، والذي يعرّف بأنه :"عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد أياً كان السبب في ذلك"[2]، فيتحقق الخطأ عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه ويستوي في ذلك أن يكون عدم القيام بالتنفيذ ناشئاً عن عمد أو إهمال أو كان السبب مجهولاً، غير أن عدم تنفيذ الالتزام تختلف صورته بحسب نوع الالتزام العقدي وما إذا كان التزاماً بتحقيق غاية أو الالتزام ببذل عناية.

الخطأ في الالتزام بتحقيق غاية: هناك التزام لا يمكن تنفيذه إلا بتحقيق غاية معينة هي محل الالتزام، فيكون الالتزام قائماً بتحقيق هذه الغاية، كالالتزام بنقل حق عيني أو عمل معين كتسليم عين أو إقامة بناء ونحو ذلك، فمثل هذه الالتزامات لا يتم تنفيذها إلا بتحقيق الغاية

---

[1] المسؤولية المدنية، سليمان مرقس، ص١٨٢ .

[2] الوسيط، للسنهوري، ٧٣٥/١ .

المقصودة من العقد، فإذا لم تتحقق الغاية – أياً كان السبب – بقي الالتزام غير منفذ، وبالتالي يكون المتعاقد مرتكباً لخطأ عقدي يوجب المسؤولية.

الخطأ في الالتزام ببذل عناية: وهذا النوع من الالتزام لا يرمي إلى تحقيق غاية معينة، بل هو التزام ببذل جهد وقدر معين من العناية للوصول إلى غرض معين، ويزيد هذا المقدار وينقص تبعاً لما ينص عليه القانون أو يقضي به الاتفاق، فمتى بذل الملتزم العناية المطلوبة منه يكون قد نفذ التزامه حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود[1].

الفرع الثاني: عناصر الخطأ:

١- العنصر الموضوعي (التعدي) : إذا وقع التعدي فإما أن يكون عن عمد أو عن إهمال ولتحديد ما إذا كان الفعل يعتبر تعدياً ، لابد من اللجوء إلى معيار واضح ومنضبط، وقد اختلف الشراح في تحديد هذا الضابط؟ هل هو معيار شخصي بحيث ينظر إلى حالة الشخص وظروفه الخاصة؟ أم أنه معيار موضوعي مادي؟ المعتمد عند أكثر الشراح أن التعدي يحدد أو يقاس بمعيار موضوعي، فالشخص الذي يرجع إليه في قياس الانحراف هو الشخص العادي لا اليقظ الحريص جداً، ولا المهمل البليد جداً، مع مراعاة الظروف الخارجية للمعتدي[2].

٢- العنصر الثاني: العنصر المعنوي: التمييز: فحتى تكتمل مقومات الخطأ لابد أن يكون من وقع منه الانحراف والتعدي مميزاً ومدركاً لأفعاله، وبدون ذلك لا تقوم المسؤولية، فالتمييز

---

(1) السنهوري، مرجع سابق، ص٧٣٦.

(2) سليمان مرقس، مرجع سابق، ص٢١١.

والإدراك شرط في وصف الشخص بالمعتدي، فلا يسأل الشخص إلا إذا كان في استطاعته إدراك ما يرتكبه، وبغير الإدراك ينتفي الخطأ[1].

المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه والنظام: من خلال العرض السابق للخطأ في الفقه والنظام يتبين لي: أن الخطأ العقدي الذي تكلم عنه الشراح كأساس للمسؤولية العقدية، يقابله لفظ التعدي عند الفقهاء، فإذا كان الخطأ العقدي عند الشراح يعني إخلال المدين بتنفيذ التزامه العقدي ـــ سواء كان لتحقيق غاية أو بذل عناية ـــ نجد أن هذا المعنى عند الفقهاء لا يخرج عن كون المدين متجاوزاً لما ينبغي أن يقتصر عليه، وإذا كان الفقهاء لم يتعرضوا لتقسيم الالتزام إلى بذل عناية وتحقيق غاية، فإنه يمكن القول بأنهم تعرضوا إلى ما يقابل ذلك فقد تعرضوا لما يقابل الالتزام ببذل عناية عند حديثهم عن التزام الأجير والمستأجر والمستعير وتعرضوا لما يقابل الالتزام بتحقيق نتيجة عند حديثهم عن التزام المالك بنقل الملكية أو تسليم العين، فتقسيم الشراح للالتزام إلى التزام ببذل عناية، والتزام بتحقيق نتيجة ليس تقسيما جديداً، بل إن فقهاءنا الكرام قد تعرضوا لما يقابل هذا التقسيم وإن لم يصرحوا بذلك وهنا نطرح تساؤلاً مفاده: إذا كان مصطلح الخطأ الذي يستعمله الشراح يتفق مع لفظ التعدي الذي يستخدمه الفقهاء فهل هذا يعني أنه ليس هناك فرق بينهما؟ وللإجابة على ذلك: أقول: أنه يمكن ملاحظة فرق مهم ألا وهو طبيعة المعيار الذي يقاس به الخطأ و التعدي فعندما يريد الفقهاء أن يحكموا على سلوك بأنه منحرف أو أنه يعتبر تعدياً: ينظرون إلى فعل المدين فإذا

---

[1] المرجع السابق ، ص٢٢٩.

كان مما جرت به عادة الناس فلا ضمان، وإن خالف هذا السلوك عرفاً أو عادة أو كان عدواناً فيترتب عليه الضمان، أما الشراح فيستخدمون معيار الرجل المعتاد فيقيسون الخطأ عادة بسلوك شخص وسط يمثل جمهور الناس، فإذا كان سلوك الشخص المعتدي لم يخالف سلوك الشخص العادي فإنه لم يخطئ، أما إذا خالفه فإنه يكون قد أخطأ، ويلاحظ هنا أن معيار مسلك الرجل المعتاد يصعب تطبيقه إذ أنه يستند إلى شخص في الخيال ولا يستند إلى الواقع فهو معيار ظني وهذا فيه تحكم. والله أعلم.

المطلب الرابع: مفهوم خطأ المحكّم: بما أنني قررت ضرورة وجود الخطأ لقيام مسؤولية المحكّم فإنه ينبغي الوقوف على معنى الخطأ بصفة عامة ـــ وقد تقدم ـــ ومن ثم الوقوف على معنى خطأ المحكّم وهو ما سأتحدث عنه في هذا المطلب، فأقول: إذا كانت الالتزامات التي يلتزم بها المحكّم في إطار ممارسته لمهمته تتميز بخصائص معينة، وإذا كان الإخلال بها يشكل خطأً مهنياً، فإن هذا الخطأ لا يتعارض مع مفهوم الخطأ بشكل عام والذي تقدم تعريفه بأنه:

"عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد"، فإذا لم يوفِ المحكّم بالتزاماته فإنه يعد مخطئاً، وعند استعراضنا لالتزامات المحكّم نجد أنه يتمتع بنوعين من الالتزامات ألا وهي:

١ – التزامات بتحقيق نتيجة وهي تلك التي تعتبر تطبيقاً للقواعد الإجرائية القضائية والتي تتعلق بمهمة العملية التحكيمية، كتطبيق المبادئ القضائية، واستخدام كافة الوسائل الموصلة للحق، وإصدار الحكم وتسبيبه ونحو ذلك.

٢- التزامات ببذل عناية: وهي تلك التي تتعلق بالمجال الفني للمحكّم أي بمناسبة العمل الذهني الذي يقوم به والرأي أو الحكم الشرعي أو النظامي الذي يتزله على الواقعة، والأسباب التي بنى عليها الحكم والتي يصوغها في صك الحكم، فيبذل عند الفصل في القضية العناية الكافية من الدراسة والبحث عن الحكم المناسب والسليم، ومن الالتزامات التي يطلب فيها بذل العناية أيضاً الالتزام بالحفاظ على المستندات المقدمة له، والالتزام بكل ما يتوجب عليه أن يبذل فيه العناية التي يفرضها اختصاصه المهني.

المطلب الخامس: معيار خطأ المحكّم: ذكرت فيما سبق أن الخطأ بصفة عامة يقاس بأحد معيارين: المعيار الشخصي، أو المعيار الموضوعي، وذكرت أن أكثر الشراح يأخذون بالمعيار الموضوعي، و في هذا المطلب يثور التساؤل من جديد عن المعيار الذي يقاس به خطأ المحكّم فأقول: يمكن أن يقاس خطأ المحكّم بأحد معيارين:

١- **المعيار الشخصي:** أو الذاتي حيث يتعين النظر إلى الشخص المرتكب للفعل في ذاته دون النظر موضوعياً إلى الفعل المرتكب فننظر إلى شخص المحكّم ونبحث، هل ما وقع منه يعد انحرافاً في سلوكه هو أم لا؟ فإن كان المحكّم معروفاً عنه أنه على قدر كبير من اليقظة والحرص، فأقل انحراف في سلوكه يعد تعدياً ويشكل العنصر المادي للخطأ، وأما إن كان شخص المحكّم دون المستوى العادي من الفطنة والحرص والذكاء، فهنا نقول أنه لا يعتبر متعدياً أو مخطئاً إلا إذا كان الانحراف في سلوكه انحرافاً كبيراً وظاهراً وبالتالي لا يحاسب إلاّ بقدر إمكانياته، وإن كان المحكّم يعتبر في مستوى الشخص العادي فإن التعدي بالنسبة إليه لا

يشكل انحرافاً إلا إذا اعتبره العرف انحرافاً عن السلوك المألوف، وصفوة القول: أن هذا المعيار يبحث في شخصية المحكّم ونيته وضميره للكشف عن الانحراف الواقع في سلوكه .

تقويم هذا المعيار: لاشك في وجاهة هذا المعيار لأنه يقيس مسؤولية المحكّم بمقدار فطنته ويقظته إلا أن أبرز الانتقادات التي يمكن توجيهها إليه هي كالتالي:

١- أن هذا المعيار يتطلب بحثاً ذاتياً في جميع صفات المحكّم كلٌّ على حده، فيتطلب من القاضي الإلمام بشخصية المحكّم وظروفه الخاصة وهي أمور يصعب الإلمام بها إلا بالنسبة إلى الله جل وعلا، وهذا يؤدي إلى التشدد مع المحكّم الحريص والتساهل مع المهمل، مما ينفي صفة العدالة في هذا المعيار.

٢- لا فائدة من هذا المعيار بالنسبة للمتضرر، حيث لا يعنيه وقد أحاق به الضرر من أن يكون المتسبب فيه شخصاً فوق المستوى العادي أو دون هذا المستوى، فضلاً عن أن القانون لا تعنيه الظواهر النفسية بقدر ما تعنيه الظواهر الاجتماعية، وإزاء هذه الانتقادات يتضح لي عدم عدالة وسلامة هذا المعيار بالنسبة لخطأ المحكّم مما يدفعنا للبحث عن معيار آخر وهو ما سأتحدث عنه في النقطة التالية:

٢- **المعيار الموضوعي:** لا ريب أن المعيار الموضوعي المجرد ، معيار منضبط ويفي بالغرض ويغني عن البحث في خبايا النفس والكشف عن خفايا السرائر، كما أنه لا يؤدي إلى اختلاف مقياس الانحراف من شخص إلى آخر، وإنما يصبح الانحراف أمراً ثابتاً بالنسبة لجميع الناس، وهذا المعيار له من حيث تطبيقه مسلكان:

المسلك الأول: مسلك الرجل المعتاد: وهذا المسلك أخذ به شراح القانون، ويقصد به: النظر إلى المحكَّم على أنه شخص عادي في صفاته الذاتية وفي حرصه ويقظته، فلا هو شديد اليقظة فيرتفع عن الشخص العادي ولا هو محدود الفطنة واليقظة فيترل عن الشخص العادي، ثم بعد ذلك يتم البحث فيما صدر منه هل يعد انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص العادي فيعتبر خطأً، أم لا يعد كذلك فلا يعد خطأً، مع الأخذ بعين الاعتبار أن الظروف الداخلية أو الذاتية ليس لها اعتبار في تحديد الخطأ كالمرض أو ضعف البصر أو السمع ونحو ذلك.

وأبرز الانتقادات على هذا المسلك هي كالتالي:

١- أن الأخذ بهذا المعيار يترتب عليه قيام المسؤولية على أساس تحمل التبعة، لأن الشخص الذي دون الشخص العادي في الفطنة واليقظة، يجب عليه وفقاً لهذا المعيار أن يتحمل تبعة نشاطه فيما نزل فيه عن المستوى العادي، فكأن المطلوب من الناس جميعاً أن يبلغوا من الفطنة ما بلغ أوسطهم في ذلك، فمن علا عن الوسط كان علوه غنماً، ومن نزل عنه كان نزوله غرماً، هكذا يعيش الإنسان في المجتمع، وهذا هو الثمن الذي يدفعه للعيش فيه[1].

٢- عدم استيعابه لكل حالات المسؤولية المدنية وبخاصة مسؤولية الصبي عديم التمييز ومسؤولية المجنون، مما يجعله غير جامع وبحاجة إلى تجديد.

المسلك الثاني: مسلك الفعل المعتاد: وأول من قال بهذا المسلك هم فقهاء الشريعة الكرام حيث استخلصوا معيار الخطأ من طبيعة الفعل ذاته، فإذا كان الفعل معتاداً شرعاً أو عرفاً فلا

---

(1) السنهوري، مرجع سابق، ص٧٣٠ .

وجود للخطأ عندهم، وإن كان غير معتاد قام الخطأ، وترتب الضمان، وقد سبق بيان ذلك مما يغني عن الإعادة هنا، وبناء على هذا المسلك يقاس الخطأ بمعيار موضوعي يرتكز على طبيعة الفعل ذاته وهو معيار الفعل غير المعتاد، وهذا المعيار ـــ من وجهة نظري ـــ أكثر سهولة في التطبيق من معيار سلوك الشخص المعتاد، وذلك لاحتوائه على كل صور الأفعال التي يترتب عليها قيام المسؤولية والتي توجب التعويض، سواء صدرت من مميز أو غير مميز ومما يدفعني إلى ترجيح هذا المعيار: أن التعويض في خطأ المحكّم بناء على مسؤوليته العقدية هو جزاء مدني وليس عقوبة جنائية وبالتالي يجب النظر إلى التعدي في ذاته وليس إلى شخص المعتدي، ثم إننا لسنا بحاجة إلى مسايرة ما ذهب إليه شراح القانون، وفي فقهنا العظيم ما هو أفضل، لذا أرى أن معيار الخطأ الذي يقاس به سلوك المحكّم هو المعيار الموضوعي القائم على مسلك الفعل المعتاد. والله أعلم.

المطلب السادس: درجة خطأ المحكّم:

إن تحديد درجة خطأ المحكّم التي تتحقق بها مسؤوليتهُ هي مسألةٌ دقيقة جداً، وذلك بسبب ما يحيط بمهنة التحكيم من موجبات لابد من مراعاتها وقواعد يجب تطبيقها وتصرفات يقتضي سلوكها، هذا من ناحية، وبسبب السرية التي يتميز بها التحكيم من ناحية أخرى، فإذا تم إقرار مسؤولية المحكّم عن الإخلال بواجبات مهمة التحكيم فإنه ينبغي تحديد مجال هذه المسؤولية، بمعنى هل يسأل المحكّم عن جميع الأخطاء التي قد تقع منه أثناء تأدية واجباته طوال سير

خصومة التحكيم وحتى نهايتها، أم أنه لا يسأل إلا عن أخطاء على درجة معينة من الجسامة؟

وقد تمثلت الإجابة على هذا التساؤل باتجاهين مختلفين نعرض لهما في الفروع التالية:

الفرع الأول: تقرير مسؤولية المحكّم عن الأخطاء المتميزة:

يتشدد هذا الاتجاه في تقرير مسؤولية المحكّم، فهو يرى أن المحكّم وإن لم يكن قاضياً مثل قضاة الدولة إلا أنه يقوم بمهمة لها طابع قضائي مثل وظيفة القاضي تتضمن قضاء في نزاع معين، ولذلك ينبغي توفير الأمن والطمأنينة له حتى يتفرغ لمهمة التحكيم ولا يطارد من قبل الخصوم على نحو يهدد استقراره، وعليه فيرى هذا الاتجاه أنه لا يجوز أن تُبحث مسؤولية المحكّم إلا في حالة الغش أو التدليس أو الخطأ الجسيم أو المتعمّد.

تقويم هذا الاتجاه: يرى البعض أن هذا التوجه من شأنه خلق عقبة عملية تحول دون إقرار مسؤولية المحكّم، تتمثل في عدم وجود معيار دقيق للتفرقة بين الخطأ العادي أو البسيط والخطأ الجسيم الذي يرتب مسؤولية المحكّم، وعليه فإن اشتراط صفة الخطأ الجسيم أو الغش في مسلك المحكّم، سوف يترتب عليه تنصل المحكّم دائماً من المسؤولية لعدم توافر صفة الجسامة أو الغش أو التدليس في الخطأ الذي ارتكبه.

الفرع الثاني: تقرير مسؤولية المحكّم عن جميع الأخطاء التي قد تقع منه كفرد عادي:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن المنظّم لو أراد تمييز المحكّم ومنحه حماية غير عادية على نحو ما فعل مع القاضي لكان نص على قواعد خاصة في هذا الشأن، أما وأنه لم يفعل، فهذا يعني أنه أراد خضوع المحكّم للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، كما أن اعتماد المعيار الموضوعي

يقتضي عدم مؤاخذة المحكّم إلا إذا صدر منه خطأ لا يصدر من المحكّم العادي في نفس الظروف التي صدر فيها هذا الخطأ، وعليه فيرى أصحاب هذا الاتجاه أن المحكّم لا يعتبر قاضياً ولا يتمتع بالضمانات المقررة للقضاة ولذلك لا يلتزم بإتباع إجراءات مخاصمة القضاة عند مطالبته بالتعويض بسبب الأخطاء التي ارتكبها، ويرون أن شأنه شأن أي شخص عادي يسأل إذا أخطأ وترفع عليه دعوى المسؤولية بالإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى العادية وتختص بها المحكمة طبقاً للقواعد المقررة، فهو يسأل عن أي خطأ يرتكبه وليس شأنه شأن القاضي الذي لا يسأل إلا في الأحوال الواردة على سبيل الحصر في نظام المرافعات، إلا أن هذه المسؤولية تمارس وفقاً للشروط والقواعد العامة للمسؤولية المدنية[1].

تقويم هذا الاتجاه: يتميز هذا الاتجاه بتقرير مسؤولية المحكّم في جميع الحالات التي يثبت فيها وقوع خطأ منه دون الحاجة إلى التفرقة بين خطأ وآخر، والذي يظهر قوة هذا الاتجاه ووجاهته، لأنه لا محل لاشتراط جسامة معينة في خطأ المحكّم طالما كان يشكل انحرافاً عن الفعل المألوف أو السلوك المألوف، ثم إن الأخذ بهذا الاتجاه يوفر حماية للمضرور من ناحية، ويحث المحكّم على أداء مهمته بحرص ويقظة وأمانة من ناحية أخرى، ولا يغير من هذه النتيجة الرأي القائل بضرورة تمتع المحكّم بحرية أوسع وضمانات أكبر خلال ممارسته لمهامه حتى لا يستبد به الخوف والقلق وحتى يكون قادراً على الإدلاء برأيه بكل ثقة وشجاعة، وذلك أن تصنيف خطأ المحكّم بين خطأ جسيم وآخر يسير، وقيام المسؤولية عن الخطأ الجسيم وحده

---

[1] أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص١٥١.

تفترض بالضرورة إيراد نص شرعي أو نظامي صريح عليها، فالأصل هو أن كل خطأ ينجم عنه ضرر يرتب المسؤولية ويوجب التعويض، فترتب المسؤولية على عاتق من يضر بالغير عن طريق الخطأ، لم يكن المحكّم في مأمن عنها، ويجب الأخذ بعين الاعتبار السلطات التي يتمتع بها المحكّم ومدى نطاقها، والنظر في الخطأ هل هو صادر بناء على توسع المحكّم في ممارسته للصلاحيات التي يتمتع بها، أم أنه بسبب الإخلال بالالتزامات التي يلتزم بها، وقد تقدم الكلام عن السلطات التي يتمتع بها ومدى حدودها، وكذلك الالتزامات التي تقع على كاهله[1]، بما يغني عن الإعادة في هذا المقام.

الفرع الثالث: موقف الفقه الإسلامي من ذلك:

الفقه الإسلامي كان أكثر دقة في توصيف الفعل الصادر عن المحكّم بكونه خطأً، ذلك أنه فرق بين مخالفة المحكّم للنظام أو تعليمات الإمام أو الضوابط التي وضعها الفقهاء للمحكّم عند ممارسته لمهمة التحكيم، وبين الفعل أو السلوك الذي يصدر عن المحكّم ويتضرر منه الآخر وبالتالي يترتب الضمان، وهذا على عكس منهج الشراح الذين لم يفرقوا في توصيفهم للفعل بأنه خطأ، بين المخالفة لنظام التحكيم، وبين صدور فعل مخالف للسلوك المعتاد، وقد نص أكثر الفقهاء على أنه ليس للمحكّم تجاوز النطاق الموضوعي للتحكيم، وإذا حكم بطل حكمه، لكن ذكر المالكية أن المحكّم إذا حكم في المسائل الممنوع منها بالحق جاز حكمه ونفذ، ومضى ما كان صواباً، ونهي أن يعود لمثله ولو أقام ذلك بنفسه ــ يعني الحكم ــ

[1] أنظرهما في المبحث الثاني والثالث من الفصل الأول من هذا البحث.

فقتل أو اقتص أو ضرب الحد أو أدَّب وزجر مضى ما كان صواباً من حكمه وصار المحدود بالقذف محدوداً والتلاعن ماضياً[1] ، فيفهم من ذلك أن مخالفة المحكَّم ما منع منه لا يعد خطأً، بقدر ما هو تجاوز للحدود أو مخالفة، بينما الفعل الذي يرتب ضرراً جسدياً أو مادياً يعتبر تعدياً وبالتالي يمكننا وصفه بالخطأ، وبناء على ذلك إذا قصر المحكَّم أو صدر منه ما قد يضر بأحد الأطراف فإنه يكون مخطئاً من وجهة نظر الفقهاء، وأما إن حكم في نزاع ليس من اختصاصه فإن بعض الفقهاء لم يعتبر ذلك خطأً وذلك تأسيساً على قولهم بمضي الحكم، وإلا لم يكن للقول بالإمضاء معنى. والله أعلم.

المطلب السابع: صور خطأ المحكَّم وفيه فروع:

الفرع الأول: صور خطأ المحكَّم قبل الشروع في مهمة التحكيم:

الصورة الأولى: **عدم كشف المحكَّم عن الظروف والوقائع التي قد تثير شكوكاً في حيدته واستقلاله:** تفرض معظم أنظمة وقواعد التحكيم التزاماً على كاهل المحكَّم مفاده: أن يكشف المحكَّم عند قبوله القيام بمهمة التحكيم عن أية ظروف يكون من شأنها إثارة شكوك حول حيدته واستقلاله[2]، و يلتزم المحكَّم بإحاطة الأطراف بأي ظرف يطرأ بعد تعيينه ويكون من شأنه التأثير على حياده واستقلاله؛ لأن حياد المحكَّم يجب أن يتحلى منذ قبوله المهمة المنوطة به وحتى إصدار الحكم، ولكن قد لا يبدو الأمر كذلك دائماً، فقد يقوم المحكَّم بإخفاء ظروف ووقائع تمس استقلاله وحياده وعدم إفصاح المحكَّم عن تلك الظروف والوقائع مثل العلاقات

---

(1) تبصرة الحكام ، ٦٢/١ ؛ المنتقى ، ٢٢٨/٥.

(2) تقدم الكلام عن هذا الالتزام في المبحث الثاني من الفصل الأول، مما يغني عن الإعادة هنا.

أو المصالح التي تربط المحكَّم بأحد الأطراف يعد سبباً لرده، إذا اكتشف ذلك قبل نهاية التحكيم، أما إذا اكتشف بعد صدور الحكم فيكون موجباً لإبطاله ويترتب عليه حرمان المحكَّم من أتعابه، وعودة الأطراف إلى ما كانوا عليه قبل الفصل في الدعوى، وضياع كل ما أنفقوه من مصاريف، أما إذا وفى المحكَّم بالتزامه بالكشف عن تلك الظروف، فإذا وافق الخصوم عليه مع علمه بحاله أصبح تعيينه نهائياً، وفي حالة اعتراض أحد الخصوم يؤتى ببديل[1]، وعليه فيعد الإخلال بهذا الالتزام موجباً من حيث المبدأ لمساءلة المحكَّم، ويترتب عليه جزاء فوري يتمثل في حرمانه من أتعابه، لأنه لم يقم بتنفيذ التزامه بالفصل في الدعوى على اعتبار إبطال الحكم لسبب يرجع إلى المحكَّم، ولكن السؤال هنا حول مدى حق الخصوم في مطالبته بالتعويض عن الضرر الذي قد يصيبهم نتيجة عدم الفصل بالدعوى من قبل المحكَّم؟ هذا ما سوف نعرفه عند الحديث عن آثار المسؤولية إن شاء الله.

الصورة الثانية: عدم إصدار وثيقة تحكيم: وذلك لأنه لا يمكن التأكد من تلاقي إرادات جميع أطراف العملية التحكيمية ، إلا من خلال وثيقة تحكيم يظهر من مضمونها وجود تعبير واضح عن إرادتهم في اتخاذ التحكيم أسلوباً لحسم المنازعة القائمة بينهم، وعليه فتثور مسؤولية المحكَّم عند عدم وجود هذه الوثيقة وتجاهل المحكَّم لذلك وعدم تقريره من تلقاء نفسه.

الصورة الثالثة: قبوله للمهمة رغم علمه بعدم قدرته على إنجازها: مما هو معلوم أن المحكَّم لا يلتزم بقبول أية مهمة تعرض عليه، فله حق الرفض لسبب أو لآخر ومن هذه الأسباب عدم

---

[1] هدى عبدالرحمن، مرجع سابق، ص٤٢١؛ أحمد الملحم، مرجع سابق، ص٢٣٣.

قدرته على إنجاز المهمة بصورة جيدة إما لسبب صحي أو تعدد المهام المكلف بها من قبل بحيث لا يتسع له وقت لقبول مهمة جديدة في الوقت الراهن، ففي مثل هذه الأحوال يجب أن يكون لدى المحكّم الشجاعة لرفض أي مهمة تتجاوز قدراته ومؤهلاته، وإلا فإنه يكون مسئولاً عن الأضرار التي تصيب الخصوم بسبب قبوله المهمة رغم عدم قدرته على إتمامها أو عدم قدرته القيام بها في الوقت المحدد، فهذا المسلك من قبل المحكّم يمثل خطأً يصيب الخصوم بضرر يتمثل في تأخير الفصل في الدعوى.

الفرع الثاني: صور خطأ المحكّم أثناء مباشرة التحكيم:

الصورة الأولى: تجاوز المحكّم لحدود سلطاته وصلاحياته: فإذا حكم المحكّم فيما ليس من اختصاصه، أو حكم بما لم يطلبه الخصوم أو تجاوز طرفي النزاع، أو تصرف على نحو ما كان يجب عليه إتيانه، أو امتنع عن تصرف كان يجب عليه القيام به، يبطل حكمه، وتثور المسؤولية في حقه لتجاوزه حدود مهمته ولو لم يلحق الخصوم ضرر، وذلك لأن الضرر مفترض لمجرد مخالفة المحكّم لاتفاق التحكيم، وبالتالي يجب على المحكّم أن يتنبه لذلك وأن لا يفصل في نزاع يخرج عن اختصاصه، وإنما يحكم بعدم اختصاصه في النظر، توفيراً لمشقة الاستمرار في إجراءات طويلة ومكلفة سيحكم على نتائجها بالبطلان[1].

الصورة الثانية: التشكيل غير الصحيح لهيئة التحكيم: فعندما تتشكّل هيئة التحكيم بشكل مخالف لاتفاق الأطراف أو لنص القانون (النظام)، بدءاً بقاعدة وترية عدد المحكّمين ومروراً

---

(1) هدى عبدالرحمن، مرجع سابق، ص٤١٠.

بالشروط الواجب توافرها في المحكمين من أهلية وكفاءة ومؤهلات، وانتهاء بكيفية تعيين المحكَّم البديل، يتعين على المحكَّم الامتناع عن الاستمرار في المهمة وإلا كان مسئولاً في مواجهة الخصوم ولو لم يبطل الحكم[1].

الصورة الثالثة: الإخلال بالمبادئ الأساسية للتقاضي: سبق بيان أهم المبادئ الأساسية التي يجب على المحكَّم أن يلتزم بها ومدى أهميتها[2]، بما يغني عن الإعادة هنا، وما يعنينا في هذه الصورة، أنه متى ما أخل المحكَّم بتلك المبادئ كعدم المواجهة بين الطرفين أو عدم المساواة بينهم، أو السماح لأحد الطرفين بتقديم كافة دفوعه دون السماح بذلك للآخر، أو الإذن لأحد الخصوم بتوكيل محامٍ دون الإذن بذلك للآخر، أو استمع لأحد الطرفين أثناء غياب الخصم الآخر، ونحو ذلك مما سبق بيانه، فإن تلك المخالفة تعد سبباً لبطلان حكمه وبالتالي تثور مسؤولية المحكَّم استناداً إلى خطأ المحكَّم أو إهماله للمبادئ الأساسية للتقاضي.

الصورة الرابعة: عدم تطبيق المحكَّم للنظام المتفق عليه بين الأطراف: يجب على المحكَّم عند تطبيقه للنظام الذي ارتضاه الأطراف، أو تطبيق النظام الأكثر اتصالاً بمحل النزاع عند غياب اتفاق الأطراف، مراعاة شروط العقد موضوع النزاع، وأن يضع في اعتباره إعمال الأعراف التجارية المعتبرة بين التجار، وما جرى عليه التعامل بين الطرفين، وعند اختيار الخصوم للنظام الواجب التطبيق يلتزم المحكَّم بذلك ما لم يكن فيه مخالفة شرعية، وفي استبعاده تعريض الحكم

---

(1) المرجع السابق، ص٤١٢.

(2) راجع ذلك في التزامات المحكَّم في المبحث الثاني من الفصل الأول من هذا البحث.

للبطلان ومن ثم تثور المسؤولية في حق المحكّم لإخلاله بهذا الالتزام وإهداره لوقت وجهد الخصوم فيما لا طائل من ورائه[1].

الصورة الخامسة: انسحاب المحكّم من العملية التحكيمية قبل نهايتها بدون سبب:

بقبول المحكّم للمهمة ينشأ على عاتقه التزام يتمثل بالاستمرار في الإجراءات وإصدار الحكم، ويعد امتناعه عن إصدار الحكم أو عدم المساهمة الايجابية في الإجراءات عند تعدد المحكّمين أو الانسحاب من التحكيم بلا سبب، خطئاً يثير مسؤوليته، والقول بأن للمحكّم سلطة في الانسحاب مشروط بألا يكون هذا السبب تحت نظره من قبل، وأن يتم ذلك في وقت مناسب، أما ترك الدعوى بسبب الاختلاف حول الأتعاب والمصروفات، أو الاختلاف في وجهات النظر مع المحكّمين الآخرين، أو بقصد الإضرار بأحد الأطراف، فإن ذلك يعد تعسفاً في استعمال الحق وامتناعاً غير مشروع وبالتالي يستوجب مساءلته، فضلاً عن حرمانه مباشرة من أتعابه أو ما بقي له منها إذا ترتب على ذلك ضرر[2]، ومما لاشك فيه أن هناك قواعد تنظم مسألة استبدال المحكّم في حالة انسحابه، وهذه القواعد تمثل حلاً فعّالاً للتخفيف من الأضرار التي تلحق بالأطراف من جراء الانسحاب المفاجئ، وهذا الحل يكون فعّالاً عندما يكون انسحاب المحكّم في بداية عملية التحكيم، ولكنه يفقد فاعليته إذا حصل بعد قطع شوط كبير في عملية التحكيم، ووجه ذلك أن المحكّم البديل ملزم بإعادة إجراءات التحكيم، كما أنه

---

(1) أحمد الملحم ، مرجع سابق ، ص٢٣٢.

(٢) سبق وأن بينا كلام الفقهاء حول مدى استحقاق المحكّم لحقه في حالة انسحابه بدون سبب ، وذكرنا كلامهم في التفاسخ في العقود الجائزة ، انظر ذلك في المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل الأول،ص٩٣.

يحتاج إلى وقت ليستوعب تحكيماً كان المحكّم المنسحب يسير فيه منذ البداية، ليتفهم كل معطياته[1]، مما يؤكد أن الانسحاب قبل انتهاء المهمة دليل على سلوك سيء، ويترتب على هذا الخطأ الفادح ضرر على أطراف العملية التحكيمية مما يجعل المحكّم يقع تحت مطرقة المسؤولية.

الصورة السادسة: الغش والتدليس والإهمال الواضح: يقصد بغش المحكّم: انحرافه في عمله عن سوء نية بقصد الإضرار بأحد الخصوم وتحقيق مصلحة له أو لأحد الخصوم، ومما يتعارض مع نزاهة وعدالة المحكّم ارتكابه للغش أو التدليس أثناء أدائه لعمله بسوء نية، ومن ذلك التحريف في أقوال الخصوم والشهود، وكذلك تغييره لبعض الأوصاف في المستند المقدم إليه أو إخفائه بهدف خداع باقي أعضاء التحكيم، وكذلك التحايل باختيار مكان تحكيم غير المتفق عليه ونحو ذلك، وأما الإهمال الواضح فيتمثل في التناقض الواضح بين الوقائع التي يوردها في الحكم وبين النتيجة المباشرة التي استخلصها منها، وكذلك التكييف الخاطئ لهذه الوقائع مما يثير مسؤولية المحكّم تجاه من أضر بهم[2].

الصورة السابعة: عدم الالتزام بالسرية: تقدم الكلام عن مبدأ التزام المحكّم بالسرية، وحاصل الكلام هنا: أن المعلومات التي علمها المحكّم أثناء جلسات التحكيم تتصل بخصوصية الخصوم وهي ملك لهم، ومن ثم يحظر نشرها أو كشف النقاب عنها دون موافقة الخصوم، فأي معلومة يتم تداولها أثناء جلسات المرافعة بين الخصوم والمحكّم يلزم أن تظل في طي الكتمان، فيحظر

---

(1) موسوعة التحكيم ، عبد الحميد الأحدب ، ص١٣٢.

(2) هدى عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص٤١٨-٤٢٢.

على المحكّم الاستفادة منها بأي حال (مادياً أو معنوياً) كما يحظر عليه إفشائها إلى وسائل الإعلام أو الصحف، وصفوة القول: أن المحافظة على السرية في جميع الأمور تعتبر في حكم الشرط الضمني في العقد المبرم بين المحكّم والخصوم، فالخصوم لا يطلبون من المحكّم الفصل في النزاع فقط، بل يطلبون منه المحافظة على سرية المعلومات، وبالتالي فإن إفشاء أسرار الخصوم يشكل خطأ، يستوجب محاسبة المحكّم[1].

الصورة الثامنة :عدم مراعاة الأصول الفنية والعلمية: فيجب على المحكّم أن يراعي الأصول الفنية والعلمية أثناء تأدية المهمة المكلف بها، إذ يفترض قيامه بهذه المهمة،وهو أهل للقيام بها بحسب تخصصه العملي وخبراته الفنية والعملية، وإذا لم يؤد المحكّم عمله على هذا الوجه فإنه يكون مسئولاً عن أي خطأ يقع منه، ولا يرتكبه رجل الفن الحاذق الملم بأصول فنه، ومن الأمثلة على عدم مراعاة المحكّم للأصول الفنية والعملية: الاكتفاء بالبحث السطحي وعدم الرجوع إلى الوسائل العلمية أو الفنية الحديثة، وكعدم القيام بالمعاينة عند الاقتضاء، أو عدم استشارة فني متخصص في الأحوال التي تقتضي ذلك، فإذا ثبت أن المحكّم قد أغفل أمراً أو أهمل عملاً، أو قصر عن بذل العناية والجدية، وترتب على ذلك ضرر، كان للغلطة التي وقعت منه وصف الخطأ، وقامت مسؤوليته عن الضرر الذي نجم عنه ووقع بالآخرين.

الفرع الثالث: صور خطأ المحكّم في مرحلة إصدار الحكم:

الصورة الأولى: عدم إصدار الحكم خلال ميعاد التحكيم: تقدم الكلام عن التزام المحكّم

---

[1] أحمد الملحم، مرجع سابق، ص٢٤٤.

بالمدد المحددة، فإذا أخل المحكَّم بهذا الالتزام، فإنه يكون مسئولاً عن الضرر الذي يصيب الخصوم جراء عدم إصدار الحكم خلال مهلة التحكيم ويلزم بتعويضهم، وذلك لأن المحكَّم ملتزم بتحقيق نتيجة قوامها الفصل في الدعوى خلال مهلة التحكيم، فإذا لم يكن قد أصدر حكمه خلال تلك المهلة فإنه يعد مخلاً بالتزام تعاقدي أخذه على عاتقه وهو إصدار حكم بموضوع النزاع خلال مهلة التحكيم، وبالتالي تثور في حقه المسؤولية لأن فعلته هذه بمثابة إنكار للعدالة، ولا تنطوي على عمل قضائي بل عمل إداري[1].

الصورة الثانية: عدم تسبيب الحكم: عدم التسبيب يفقد الحُكم قوته وقيمته، وغالباً ما يكتفي المحكَّم بإيراد أسباب واهية تنبئ عن عدم تفهمه للمنازعة، وهذا يحدث عندما يقرر المحكَّم من البداية الحل الذي يراه ملائماً من وجهة نظره ثم يبحث عن التبرير الشرعي أو النظامي للنتيجة التي انتهى إليها، ولا يكون المحكَّم بالصلح أيضاً موفياً بالتزامه عندما يقرر أن حكمه صدر وفقاً للعدالة، أو أن يشير إلى أسباب لا تتعلق بالموضوع، فأياً كان نوع التحكيم فإنه يجب على المحكَّم الالتزام بالتسبيب، ويترتب على مخالفة ذلك تعريض الحكم للبطلان وهذا البطلان يمتد ليس فقط في حالة عدم وجود الأسباب لكن أيضاً عند تناقضها أو عدم كفايتها أو صلاحيتها لتفسير الحكم، فغموض أو تداخل الأسباب أو الإشارة شديدة العمومية يعد تسبيباً ناقصاً، كما أن عدم بحث النزاع بحثاً كافياً وعدم كفايتها أو عدم تعلقها بالحكم

---

(1) أحمد الملحم، مرجع سابق، ص٢٤٣؛ ومن التطبيقات القضائية لمسؤولية المحكَّم عند التأخر في إصدار الحكم، ما انتهت إليه محكمة أمريكية من تحميل أحد المحكمين بتعويض قدره مائة وثمان وأربعون ألف دولار وتعويضات عقابية قدرها مليون دولار لتقاعسه عن إصدار الحكم، راجع: هدى عبدالرحمن، مرجع سابق، ص٤١٢.

يعد سبباً للطعن على الحكم بالبطلان، والنص على هذا الالتزام جاء عاماً على نحو لا يجوز تقييده، ومخالفة المحكّم لهذا الالتزام يوجب مسؤوليته[1].

الصورة الثالثة: إصدار الحكم بناء على وثيقة باطلة: من أولى أعمال المحكّم التحقق من صحة اتفاق التحكيم كمناط لاختصاصه، وخاصة في حالة نقص أهلية الأطراف أو عدم قابلية النزاع للتحكيم ونحو ذلك، فعندما يمضي المحكّم في عملية التحكيم ويصدر الحكم فيها واتفاق التحكيم غير مستوف للشروط التي يطلبها النظام لصحته، وتبين أن المحكّم لم يقرر بطلان الاتفاق من تلقاء نفسه، فيجب في هذه الحالة مساءلة المحكّم[2].

الصورة الرابعة: التأخر في إيداع الحكم: أوجب معظم أنظمة التحكيم على المحكّم إيداع الحكم الصادر عنه، فإذا لم يلتزم المحكّم بذلك كان مسئولاً عن تعويض الأضرار التي قد تنتج عن تأخره في إيداع الحكم وذلك في مواجهة الخصوم، إلا إذا كانت له مسوغات لهذا التأخير.

الصورة الخامسة: رفض رد المستندات إلى أصحابها: يحتاج المحكّم إلى أوراق ومستندات من الخصوم لإنجاز مهمته وتبيان وجه الحقيقة، وللمحكّم أن يطلب هذه المستندات سواء أكانت في حوزة الخصوم أو الغير، فإذا ما انتهى منها المحكّم وجب عليه أن يعيدها إلى أصحابها دون إبطاء، وهذا الالتزام بالرد ينشأ فور الانتهاء من الاطلاع عليها-أي أثناء المهمة — وقد آثرت الحديث عنه في صور خطأ المحكّم في مرحلة إصدار الحكم، حيث أن المحكّم ربما يفضل

---

[1] هدى عبدالرحمن، مرجع سابق، ص٤١٨.

[2] المرجع السابق، ص٤١٠.

الاحتفاظ بالمستندات حتى الانتهاء من العملية التحكيمية برمتها، والتزام المحكّم برد المستندات التي سلمت إليه، إنما ينصب على أصل المستند دون الصورة الضوئية، فإذا سُلّم للمحكّم صورة من مستند معين، فإنه لا يجب عليه رد مثل هذه الصورة اللهم إلا إذا كانت تلك الصورة هي الوحيدة التي كان يحوزها الخصم ففي هذه الحالة يمكن عمل صورة ضوئية لها وتسليمها للخصم الذي قدمها، وليس للمحكّم في هذه الحالة رفض التسليم بحجة أنه لم يقبض أتعابه، أو أن الخصم الآخر قد منعه من رده، أو أنه لا يعلم من منهما قد سلمه إليه وإذا أصر المحكّم على رفض تسليم ذلك إلى الخصوم أو الغير دون مبرر، فإن ذلك يشكل خطأً يوجب مساءلته، ويجب أن يعوض المدعي، على الأقل عن الضرر الأدبي الذي لحقه.

المطلب الثامن: إثبات خطأ المحكّم:

بعد أن ذكرت بعضاً من صور خطأ المحكّم، أُوضّحُ في هذا المطلب كيفية إثبات خطأ المحكّم بصفة عامة سواء قبل المهمة أو أثناءها أبو بعدها، فأقول: مما هو معلوم أن عبء إثبات خطأ المحكّم يقع على عاتق المضرور الذي يتولى رفع دعوى المسؤولية ضد المحكّم، وفي أثناء ذلك يجب أن يثبت المدعي السلوك أو الفعل الضار الذي صدر عن المحكّم، والضرر الذي لحقه من جراء ذلك، ثم يثبت علاقة السببية بين الخطأ والضرر لأن مسؤولية المحكّم تقوم على خطأ واجب الإثبات، ولا يجب على المدعي إثبات البواعث التي قادت المحكّم إلى مسلكه الخاطئ وإنما يكفي أن يثبت أن المحكّم قد ارتكب فعلاً يخالف الفعل المعتاد، أو لا يرتكبه المحكم

متوسط اليقظة والحرص، وإذا قمنا باستعراض التزامات المحكّم والتي سبق بيانها، نجد أن المحكّم يلتزم بنوعين من الالتزامات:

١- التزام بتحقيق نتيجة: وهي التي تعتبر تطبيقاً للقواعد القضائية كإصدار الحكم المسبب والفاصل في النزاع، ويعتبر المحكّم مخطئاً إذا خالف الالتزامات التعاقدية التي نشأت بموجب العقد كالتأخر في إصدار الحكم وتسبيبه وإيداعه، فإذا كان خطأ المحكّم يتمثل في الإخلال بتحقيق نتيجة، فإن إثبات هذا الخطأ بالنسبة للمدعي يكون ميسوراً، حيث يكتفي المدعي المتضرر أن يشير إلى مخالفة المحكّم لالتزاماته التعاقدية مستنداً في ذلك إلى العقد المبرم بينه وبين المحكّم، وبالتالي يكون الإثبات بالنسبة للمتضرر ميسوراً.

٢- التزام ببذل عناية: وهي تتمثل كما أسلفنا بالالتزام ببذل عناية فنية وعلمية كاملة للوصول إلى حكم صحيح، كذلك ببذل العناية الكاملة في الحفاظ على المستندات التي سلمت له، فإذا اتهم المدعي المحكّم بالإهمال أو التقصير في بذل العناية المطلوبة، فإن الإثبات في هذه الحالة يختلف عن الحالة السابقة، حيث يكون عبء الإثبات الواقع على المدعي عسيراً إلا أنه جائز الإثبات بكافة وسائل الإثبات، كالبينات أو القرائن أو المستندات ونحو ذلك، وتبقى كلمة الفصل للقاضي المختص بنظر الدعوى في تقدير الوقائع المكونة لركن الخطأ، كما أن له تكييفها بأنها خطأ. والله أعلم.

المبحث الثاني: ركن الضرر :

تمهيد: **يعتبر الضرر ركناً من أركان المسؤولية العقدية، وسبباً مؤثراً في إيجاب الضمان وتتعلق به المسؤولية وجوداً وعدماً، ولذلك فإن الكلام في هذا المبحث سيكون عن مفهوم الضرر من الناحية الفقهية والنظامية، ومن ثم سيصار إلى تطبيق ذلك على ضرر المحكَّم الناتج عن خطأ منه، ويكون الكلام فيه عن نوعه وخصائصه وإثباته، وبيان ذلك في المطالب التالية:**

المطلب الأول: ركن الضرر في الفقه : وفيه فروع:

الفرع الأول: تعريفه: أولاً في اللغة: قال ابن فارس :"الضاد والراء ثلاثة أصول : الأول خلاف النفع، والثاني: احتماع الشيء، والثالث: القوة.."[1]، وهو يأتي على عدة معان وأقرب المعاني إلى موضوعنا: ما كان خلاف النفع: أي الأذى أو المفسدة.

ثانياً: في الاصطلاح الفقهي: عُرِّف الضرر بعدة تعريفات إلا أنه يمكننا أن نقف على أهمها على النحو التالي:

١- عرّف بأنه: إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، وقيل: هو النقص في النفس أو الطرف أو العرض أو المال[2]، ويؤخذ على هذه التعريفات أنها غير مانعه: حيث إنَّ المفسدة أو النقص التان يلحقان بالغير قد يكونان بوجه شرعي، ويختص الأخير بكونه غير جامع: حيث أنه لا يشمل جميع أنواع الضرر كالضرر المعنوي.

---

(1) معجم مقاييس اللغة، ٣/٣٦٠.

(2) أحكام الأحكام شرح أصول الأحكام، ٣/٨٦؛ غمز عيون البصائر، ١/١١٨.

٢- عرفه الشيخ علي الخفيف بقوله: "كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء كانت ناتجة عن نقصها، أو عن نقص منافعها أو عن زوال بعض أوصافها.."[1]

ويؤخذ عليه: أنه غير جامع: لأن هناك أضراراً لا تسبب خسارة مالية كالضرر الواقع على البدن وكالضرر المعنوي، فهي ضرر ومع ذلك لم يتطرق لها، وهو كذلك غير مانع: لأنه ليس كل أذى ينتج عنه خسارة مالية يدخل في معنى الضرر من حيث الاصطلاح، كالتعزير بالمال.

وعرفه الزحيلي نقلاً عن الزرقا بقوله: "هو إلحاق مفسدة بالآخرين أو هو كل إيذاء يلحق الشخص، سواء كان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته"[2] وهذا التعريف يعد أقرب التعريفات إلى المعنى المقصود، والمتمثل في الضرر الموجب للمسؤولية العقدية. والله أعلم.

الفرع الثاني: أنواعه: يتخذ الضرر أنواعاً كثيرة من حيثيات متعددة، وما يهمنا في هذا الشأن، بيان أنواع الضرر من حيث المحل، ومن حيث طريقة حدوثه ومن حيث سببه، ونوجز الحديث في كل نوع من هذه الأنواع على النحو التالي:

أنواع الضرر من حيث المحل:

١- **الضرر المادي:** وهو الضرر الواقع على المال أو الجسد، فالأول يتمثل في إخراجه من أن يكون منتفعاً به، ويتحقق بتفويت المال على صاحبه سواء كان هذا المال عقاراً أو منقولاً، وسواء تلف المال بأكمله أو جزء منه، ما دام أخرجه من الانتفاع به المنفعة المطلوبة، أو أدى

---

[1] الضمان في الفقه الإسلامي، علي الخفيف، ص٣٨.

[2] نظرية الضمان، وهبة الزحيلي، ص٢٣ .

إلى نقصان قيمته، وأما الثاني فهو ما يصيب الإنسان في جسمه من جراح يترتب عليها عجز كلي أو نسبي، أو تشويه ينقص من الجمال[1].

٢- **الضرر المعنوي**: وهو الجناية الواقعة على العرض والشرف والعاطفة والسمعة، وقد قرر الفقهاء رحمهم الله هذا النوع من الضرر، جاء في الأشباه والنظائر ما نصه: "من آذى غيره بقول أو فعل يعزر، ولو بغمز العين"[2]، إلا أن جمهور الفقهاء يرون أن الواجب في هذا النوع من الضرر هو التعزير فقط، ولا يصح التعويض المالي عندهم، وتعليلهم: أن الضرر المعنوي ليس فيه خسارة مالية وبالتالي لا يجبره التعويض المالي[3]، وقد خالف في ذلك بعض الفقهاء المعاصرين إذ يرون جواز التعويض المالي عن الضرر المعنوي بحجة أن ذلك موافق لقواعد العدالة في الشريعة الإسلامية وهو رأي الشيخ محمود شلتوت، والدكتور محمد فوزي فيض الله، والدكتور وهبة الزحيلي[4]، ويرى بعضهم أن تحريم الأئمة الأربعة للتعويض بالمال عن الضرر المعنوي إنما هو لاعتبارات سياسية محضة وهي خشية أن يتسلط الظلمة من الحكام على أموال الناس، فيأخذوها بغير حق باسم العقوبة، ثم يأكلوها، وهذا المحذور غير قائم الآن بعد تنظيم القانون الوضعي كيفية دفع الغرامات إلى الخزينة العامة مباشرةً[5].

---

(1) المغني، ٥٢/٧، ٣٥٠ وما بعدها؛ القواعد الفقهية، لابن رجب، ص١٩٩؛ القوانين الفقهية، لابن جزي، ص٣٦٤.

(2) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ص٤٩١.

(3) المبسوط، للسرخسي، ٨١/٢٦؛ المغني، ٧١/٧.

(4) المسؤولية المدنية والجنائية، شلتوت، ص٣٥؛ نظرية الضمان، وهبة الزحيلي، ص٢٤.

(5) الزحيلي، المرجع السابق، ص٢٥.

وأما أنواع الضرر من حيث طريقة حدوثه:

١-الضرر المباشر: "وهو مباشرة المعتدي للفعل دون أن يتوسط بينهما فعل آخر، يتسبب عنه الضرر"[1].

٢-الضرر بطريق التسبب: وهو "أن يتصل أثر فعل الإنسان بغيره، لا حقيقة فعله، فيتلف به كما في عملية حفر البئر"[2].

أنواع الضرر من حيث سببه:

١- الضرر على أساس التعدي: وهو الضرر الناتج عن فعل ضار على وجه ممنوع شرعاً أو عرفاً، كإتلاف مال الغير اعتداء وإضراراً، أو كمن يؤجج ناراً في ملكه فتتعدى إلى ملك غيره فتتلفه، ضمن ذلك إذا كانت تسري في العادة[3].

٢- الضرر على أساس تحمل التبعة: وهو الضرر الواقع بدون قصد التعدي والعدوان، كالمضطر لطعام غيره، فهو يضمن وإن لم يقصد التعدي[4].

الفرع الثالث: شروط محل الضرر:

١- أن يكون المحل الواقع عليه الضرر متقوماً ومحترماً: بمعنى أن يكون الانتفاع به مباحاً شرعاً وقابلاً للتقويم والتقدير، فلا يجب الضمان بإتلاف خمر أو الخنزير على المسلم[5].

---

[1] علي الخفيف، مرجع سابق، ص٥٨.

[2] الزحيلي، مرجع سابق، ص٢٦.

[3] الإقناع، للحجاوي، ٢/٥٩٥.

[4] ابن رجب، مرجع سابق، ص٦٥.

[5] بدائع الصنائع، للكاساني، ٧/١٦٥.

٢- أن يكون مملوكاً: فيشترط لكون الضرر واجب الضمان أن يقع على شيء يملكه المتضرر فلا ضمان في إتلاف المباحات التي لا يضمنها أحد.

٣- أن يكون الضرر محققاً بشكل دائم، فإذا أعيد الشيء إلى الحالة التي كان عليها كأن يعالج المصاب، فلا ضمان، لأن النقص الحاصل عندما أزيل جعل الضرر كأن لم يكن[1].

٤- أن يكون هناك فائدة من إيجاب الضمان: حتى يتمكن صاحب الحق من الوصول إلى حقه فإذا لم يكن في التضمين فائدة فلا ضمان، وعليه فلا ضمان على المسلم إذا أتلف مال الحربي ولا على العادل إذا أتلف مال الباغي، لأنه لا فائدة في التضمين كونها غير محترمة[2].

المطلب الثاني: ركن الضرر في النظام وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريفه: "هو الأذى الذي يصيب المضرور في حق أو في مصلحة مشروعة سواء انصب على حياته أو جسمه أو حريته أو ماله أو عواطفه أو شعوره"[3].

الفرع الثاني: أنواعه: يتنوع الضرر من حيث محله إلى نوعين:

١- **ضرر مادي**: وهو الذي يقع على حق مالي للمضرور كإتلاف مال أو تفويت صفقة[4].

٢- **ضرر معنوي**: وهو ما يصيب مصلحة ذاتية غير مالية، تبدو في صورة مساس بالجسم أو

---

[1] الزحيلي، مرجع سابق، ص٦٠.

[2] المرجع السابق، ص٦٢.

[3] سليمان مرقس، مرجع سابق، ص١٢٧.

[4] مصادر الالتزام، عبدالمنعم فرج الصده، ص٥٨٥.

الشرف والاعتبار والعرض[1]، وأما الضرر بسبب تفويت الفرصة، فسوف يأتي الحديث عنه إن شاء الله عند الحديث عن خصائص الضرر الواقع بسبب خطأ المحكَّم.

وينقسم من حيث الوقوع إلى ثلاثة أقسام:

١- **ضرر حال**: وهو الواقع فعلاً، كإيقاع التلف في المال والضرر في الجسم أو العرض.

٢- **الضرر المستقبل**: وهو ما تتوافر أسبابه في نفس الوقت، وتتأخر آثاره إلى وقت آخر، كمن يحبس شخصاً إلى أن يموت.

٣- **ضرر محتمل الوقوع**: وهو مشكوك في وقوعه، هل سيقع أم لا، كالخسائر المالية في المشاريع التجارية[2].

الفرع الثالث : شروطه : لكي يكون الضرر موجباً للمسؤولية يشترط فيه الشروط التالية:

١- أن يكون محققاً، أي مؤكد الوقوع، سواء في الحال أم على التراخي.

٢- أن يكون مباشراً، ومما يمكن توقعه عادة وقت العقد.

المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه والنظام:

من خلال العرض السابق للضرر في الفقه والنظام يتضح لي الآتي:

١- يتفق النظام مع الفقه الإسلامي في وجوب التعويض عن الضرر المادي الحال، أما الضرر المعنوي فالنظام يتفق مع الرأي الفقهي القائل بجواز التعويض عن الضرر المعنوي.

---

[1] المرجع السابق.

[2] المرجع السابق، ص٥٨٨.

٢- يتفق الفقه الإسلامي مع النظام في أن الضرر لا يكون موجباً للمسؤولية وبالتالي للتعويض

إلا إذا كان واقعاً فعلاً، أما الضرر المحتمل الوقوع فلا ضمان فيه. والله أعلم.

المطلب الرابع: الضرر الناشئ عن خطأ المحكّم:

تمهيد: سبق أن قلت: أن مسؤولية المحكّم مسؤولية عقدية، وأنه يجب لقيامها توافر أركان تلك المسؤولية، وقد تقدم الكلام عن ركن الخطأ وما يتعلق به في المبحث السابق، وجاء هذا المبحث ليؤكد عدم الاكتفاء بمجرد إثبات المدعي لخطأ المحكّم، بل يجب فضلاً عن ذلك أن يثبت الضرر الذي أصابه جراء هذا الخطأ، وقد قدمنا في بداية هذا المبحث نبذة عن الضرر من الناحية الفقهية والنظامية، وعقدنا المقارنة بينهما، وهنا جاء دور الحديث عن الضرر الناشئ عن خطأ المحكّم وهو ما يتضح في الفروع التالية:

الفرع الأول: أنواعه: من خلال تطبيق المفاهيم السابقة للضرر، على الضرر الناشئ عن خطأ المحكّم يتضح لي أن هناك نوعين من الضرر هما:

١- الضرر المادي: ويتمثل هذا الضرر في الإخلال أو المساس بمصلحة مالية مشروعة للمضرور، ومن الأمثلة على ذلك: تكبد المتضرر خسائر مالية كبيرة والتي تتمثل في مصاريف ونفقات التحكيم، عند التأخر في الفصل في القضية وإصدار الحكم فيها أو إيداعه، بسبب يعود إلى المحكّم، كما قد يتمثل الضرر أيضاً في إطالة الإجراءات بدون فائدة، مما يجعل ذلك مصدراً للإضرار بالخصوم، أو بأحدهم و يتمثل تكبد المتضرر للخسائر المالية أيضاً في: النفقات والمصروفات التي يدفعها لإنجاز المهمة بواسطة محكّم آخر، في حالة رفض أو إهمال الأول، وعليه فكل ضرر يلحق خللاً بحقوق المحكّم المالية، يدخل ضمن الضرر المادي ويكون مستوجباً للتعويض.

٢- الضرر المعنوي (الأدبي): قد يترتب على خطأ المحكّم ضرر أدبي بالنسبة للمحكّم ويحدث ذلك في حالة إفشاء المحكّم معلومات تتعلق بحرمة الحياة الخاصة، أو بالسمعة التجارية للمحكّم، كان المحكّم قد حصل عليها أثناء تأديته للمهمة، أو في حالة قيام المحكّم بمعاملة الخصوم معاملة غير لائقة كالإيذاء بالفعل أو الكلام ونحو ذلك، ومن شأن هذه الأفعال إلحاق ضرر بالخصوم أو أحدهم، مما يدعم حق المتضرر بطلب التعويض عن الضرر الأدبي الذي أصابه نتيجة مسلك المحكّم، ويمكننا القول بأن خسارة المحكّم للقضية -نتيجة خطأ المحكّم- وما يترتب على ذلك من خسارة مادية، قد يترتب عليها أيضاً في نفس الوقت أضرار أدبية للمحكّم يتمثل في الألم النفسي والشعور بالإحباط.

الفرع الثاني: خصائصه: يتميز الضرر الناتج عن خطأ المحكّم والموجب لمسؤوليته وتضمينه، بما يلي:

١- كون الضرر شخصياً: فيجب أن يمس الضرر حقوق ومصالح المتضرر شخصياً ويؤثر فيها، الأمر الذي يمكّنه من مطالبة المحكّم ومساءلته عن الضرر اللاحق به في مصالحه وأمواله، وتجدر الإشارة هنا إلى أن مثل هذا الوصف للضرر لا يثير أية إشكالات فهو يظهر كغيره من الأضرار في سائر أوجه المسؤولية المدنية عموماً، ولا يظهر بمظهر خاص أو يتطلب مواصفات خاصة، ففي كل مرة يلحق ضرر شخصي بمال إنسان أو بمصالحه، فإن مثل هذا الضرر يستوجب التعويض سواء كان ناتجاً عن فعل محكّم أو فعل شخص آخر.

٢- كون الضرر ناتجاً عن المساس بمصلحة مشروعة للمتضرر: فإذا تضرر المدعي (المحكّم) من خطأ المحكّم نتيجة عدم تقيد الأخير بالتزامات العناية أو النتيجة، كما لو أضاع مستنداً ما، فإنه حتى تشكل إضاعة المستند ضرراً للمدعي، يشترط في المستند أن يكون مؤثراً في النزاع، وليس له بديل، بمعنى ليس هناك صورة ضوئية منه تصلح لأن تكون بديلاً عنه، ويشترط فيه أيضاً أن يؤمن للمتضرر منفعة مشروعة، فإذا لم يتحقق ذلك، فإن المتضرر قد يفقد حقه في المطالبة بالتعويض، ذالك أن العدالة لا يمكنها أن تحمي إلا المصالح التي تستقيم مع القواعد والمبادئ المشروعة.

٣- كون الضرر مؤكداً ومحققاً: يفترض في ضرر المحكّم الناتج عن خطأ منه، أن يكون مؤكداً ومحققاً، سواء في الحال أو المستقبل، والضرر الحال: هو الضرر الذي تحقق ووقع فعلاً أي أن كل مقوماته من عناصر ومظاهر قد اكتملت نهائياً وفي الحال، مما يوفر لقاضي الموضوع معطيات يمكنه معها أن يقوِّم الضرر في حال ثبوته، أما الضرر المستقبلي: فهو الضرر الذي لم تكتمل مقوماته إنما ظهر ما يجعل حصوله في المستقبل أمراً مؤكداً بفعل السبب ذاته الذي أحدث الضرر الأصلي، إذ كثيراً ما يؤدي الضرر الأصلي أو الحال الذي تكرّست معالمه إلى أضرار لابد منها في المستقبل، كما في حالة بذل المتضرر لمصاريف أخرى للحصول على مستندات ووثائق بديلة عن تلك التي أضاعها المحكّم، أو دفع مصاريف لشخص آخر من أجل إعادة استشارة بديلة عن تلك التي فقدت من قبل المحكّم بسبب عدم التزامه بواجب الحذر والعناية، فمثل هذا الضرر يستوجب قيام المسؤولية وبالتالي يترتب عليه التعويض، أما إذا كان

الضرر المستقبلي محتمل الوقوع وغير مؤكد، فإنه لا يشكل ضرراً مستقبلياً، وبالتالي فعلى المتضرر من خطأ المحكَّم ألا يتسرع في إقامة دعوى المسؤولية بوجه المحكَّم، وإنما عليه التأني حتى يتحقق الضرر المستقبل ويبلغ نهايته، وعندها يمكن للمتضرر المطالبة بإصلاح الضرر على ضوء آثاره النهائية، ذلك أن السرعة في المطالبة بالتعويض عن الضرر قبل أن يتحقق، لا يؤدي إلا إلى تقدير افتراضي، لأنه لا يمكننا التأكد من أن إهمال المحكَّم يمكن أن يعرض مصالح المتضرر إلى خطر وبالتالي يكون الضرر واقعاً فعلاً، وتدق المشكلة حينما يتمثل الضرر المستقبل في تفويت فرصة للمتضرر، فهل يمكن القول بأن تفويت الفرصة تمثل ضرراً يوجب المسؤولية وبالتالي استحقاق المتضرر للتعويض؟ الكلام عن هذه المسألة من جانبين: **الأول: الجانب الفقهي**: الذي يظهر أن الفقهاء المتقدمين لم يتطرقوا إلى هذه المسألة بعينها، وإنما كان كلامهم عن الضرر اللاحق المحتمل حدوثه في المستقبل، فقالوا: لا يصح ضمان الضرر المدعى لأن الضمان جبر والجبر يستدعي الفوات، فدل على أنه لا بد من تحقق الفوات والضرر من أجل صحة الحكم بالضمان وهذا لم يوجد في الضرر المحتمل وقوعه[1].

أما الفقهاء المتأخرون فاختلفوا على قولين: **القول الأول**: يرى وجوب الضمان والتعويض عن تفويت الفرصة أو الكسب ونحوه، وهو رأي الشيخ ابن عثيمين، والزرقا – رحمهم الله – وبه قال الزحيلي. يقول الشيخ ابن عثيمين: "وأما إذا لم توجب الجناية شيئاً لا قصاصاً ولا دية ولا حكومة عدل فلا يخلو: إما أن يكون قصد تعطيل المجني عليه وحبسه عن العمل، فهذا لا ريب

[1] بدائع الصنائع، ١٣١/٦.

في تضمينه المنفعة وقد نص الأصحاب على أن من حبس حراً ضمن منفعته، وإن لم يظهر منه قصد تعطيل المجني عليه عن العمل فهذا في تضمينه تردد والأقوى أن يضمن إياها، لأن فعله ظلم وعدوان غير مأذون فيه"[1]، ويقول الشيخ مصطفى الزرقا: "..إن التضمين بسبب تفويت المصلحة مقبول إجمالاً، لكن يلحظ أن الكسب الذي يعوض فواته يجب أن يكون أكيداً لا شك فيه أما المأمول الاحتمالي فلا"[2]، ويقول الدكتور الزحيلي: "وأما تعويض الضرر لضياع المصلحة فهو وإن لم ينص فقهاؤنا عليه إلا أنه يمكن للحاكم الحكم به بناء على القواعد العامة التي تنفي وقوع الضرر وتطالب بضمان الأضرار المترتبة على الفعل بسبب تقصير أو إهمال أو عدم احتراز أو لتعارف الناس ذلك، مثل قاعدة "الضرر يزال"، و" لاضرر ولاضرار في الإسلام "، " المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً "[3].

القول الثاني: يرى أن الضمان لا يجب بتفويت الفرصة أو الكسب ونحو ذلك وهو قول الشيخ علي الخفيف، والدكتور محمد المدني بوساق، يقول الشيخ الخفيف في ذلك: "ومما فرع على ما تقدم عدم وجوب الضمان بسبب تفويت فرصة من الفرص كان من المحتمل أن يكون من ورائها كسب مالي، وذلك مثل ضياع فرصة استئناف حكم بسبب تأخر المحامي في تقديم استئناف عن موعده، أو ضياع فرصة دخول في امتحان للترشيح في وظيفة معينة أو للحصول على ترقية، إذ ليس في ذلك ضرر يتمثل في فقد مال قائم"، وعلل عدم التضمين بقوله:

---

(1) المنتقى من فوائد القلائد، ص١٦١.

(2) الفعل الضار، للزرقا، ص٢٠ بتصرف يسير.

(3) الزحيلي، مرجع سابق، ص٢٤ــ٢٥.

"..فليس فيه تعويض مالي على ما تقضي به قواعد الفقه الإسلامي، وذلك محل اتفاق بين المذاهب، وأساس ذلك فيه أن التعويض بالمال يقوم على الجبر بالتعويض وذلك بإحلال مال محل مال فاقد مكافئ لرد الحال إلى ما كانت عليه، إزالة للضرر وجبراً للنقص، وذلك لا يتحقق إلا بإحلال مال محل مال مكافئ له، ليقوم مقامه ويسد مسده، وكأنه لم يضع على صاحب المال الفاقد شيء وليس ذلك بمتحقق فيه"[1]، ويقول الدكتور محمد المدني بوساق: "المعروف أن هذا النوع من الضرر لم يذكره فقهاء الشريعة الإسلامية؛ وليس ذلك عن نسيان منهم، أو أنه كان غير موجود في العصور السابقة، وما ذلك إلا لأنهم لم يروه مستوجباً للضمان، وقد أوجبت القوانين الوضعية إلزام من فوت على أحد فرصة بالتعويض.. ومن غير شك أن الروح المادية التي سيطرت على رجال القانون الوضعي جعلتهم يقررون التعويض المالي مقابل أضرار وهمية في بعض الأحيان؛ وهو ما يؤدي حتماً إلى أكل أموال الناس بالباطل؛ الأمر الذي جعل هذا التضمين يتنافى مع شريعة الإسلام الخالدة، فالفقهاء المسلمون يرون باتفاق: أن أساس التعويض المالي قائم على جبر الضرر؛ وذلك بإحلال مال محل مال فاقد مكافئ، لرد الحال إلى ما كانت عليه، إزالة لضرر وجبراً للنقص، ومعلوم أن تفويت الفرصة – كما يراها رجال القانون الوضعي – لم يفقد فيها المتضرر مالاً قائماً، وحتى احتمال فقد المال نتيجة لتفويت الفرصة احتمال ضعيف جداً؛ لوجود احتمالات شتى معاكسة لاحتمال

---

[1] علي الخفيف، مرجع سابق، ص٤٥-٤٦.

حدوث الضرر"[1]، والذي يظهر أن تفويت الفرصة يعتبر ضرراً، متى ما كانت الفرصة الضائعة سبباً في فقد المال، وتأكد ذلك قطعاً ، بمعنى أن الفرصة كانت مؤكدة لكسب المتضرر للمال، إلا أنها ضاعت بسبب خطأ المحكّم ، ففي هذه الحالة تعتبر ضرراً وبالتالي تستوجب التعويض، لأن ذلك يتفق وقواعد الشريعة العادلة. والله أعلم.

الثاني: الجانب النظامي: يرى شراح القانون الوضعي أنه يمكن اعتبار تفويت الفرصة ضرراً وبالتالي يمكن التعويض، إلا أنهم يشترطون لذلك: أن تكون الفرصة جدية وهي التي تعلو عن مجرد الأمل، ولكنها لا تصل إلى درجة التحقق واليقين، كما يجب أيضاً حتى يُقبل الطلب بالتعويض عن الفرصة الضائعة أن يكون فواتها نهائياً وبصفة مؤكدة[2].

الفرع الثالث: إثباته: يقع عبء إثبات الضرر على عاتق المدعي في دعوى المسؤولية المرفوعة ضد المحكّم، ويجوز للمدعي إثبات الضرر بكافة طرق الإثبات كما تقدم في إثبات خطأ المحكّم، مع ملاحظة أن هذا الإثبات يكون سهلاً في بعض الحالات، ويكون دقيقاً في حالات أخرى، وقد تكلمنا عنها في حالات إثبات خطأ المحكّم، ومما تجدر ملاحظته في هذا الخصوص أن مسألة تكييف الوقائع وكونها صالحة لتكوين ركن الضرر أم لا، و هل الضرر مباشر أو غير مباشر، وهل هو مادي أو معنوي وما إلى ذلك، بالإضافة إلى مسألة تقدير الضرر تعود إلى القاضي المختص بنظر الدعوى. والله أعلم.

---

(1) التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، محمد المدني بوساق، ص١٢٥.

(2) تعويض تفويت الفرصة، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة العاشرة، العدد الثاني، ١٩٨٦ م، ص٨١.

المبحث الثالث: ركن العلاقة السببية :

تمهيد: على الرغم من كون هذه العلاقة بديهية، إلا أنها تعتبر ركناً مهماً لقيام المسؤولية، ووجه اشتراط ذلك يتمثل في عدم مساءلة الشخص إلا عن تلك الأضرار التي يحدثها للغير دون سواها من الأضرار التي يمكن أن تحدث بمناسبة فعله الخاطئ أو بصورة لاحقة دون أن تكون نتيجة مباشرة لهذا الفعل، مما يجعل قواعد المسؤولية تتفق مع روح العدالة، وهكذا تلعب العلاقة السببية دوراً هاماً في مجال المسؤولية، فهي التي تحدد الفعل الذي سبب الضرر من بين الأفعال المتعددة، فضلاً عن أنها تستخدم لتحديد نطاق المسؤولية، إذ يترتب على الضرر — في الأعم الأغلب — أضرار أخرى، وفي هذه الحالة يقتضي الأمر معرفة ما إذا كان الشخص الذي سبب الضرر الأول سيتحمل كل الأضرار الأخرى المترتبة عليه أم لا، كل ذلك يدفعنا إلى الحديث عن هذه المسألة وهو ما ينجلي في المطالب التالية:

المطلب الأول: ركن العلاقة السببية في الفقه وفيه فرعان:

الفرع الأول: **إثبات العلاقة السببية:** يقصد بعلاقة السببية: أن يكون الخطأ هو الذي أنتج الضرر، فتُسند النتائج إلى الأفعال المسببة لها، والذي يظهر أن إثبات وجود الركن الأول من أركان المسؤولية العقدية وهو الخطأ العقدي، وإثبات وقوع الركن الثاني وهو الضرر، يجعل ركن العلاقة السببية ثابتاً حكماً، فإثبات الخطأ من جهة، والضرر من جهة أخرى، يعد قرينة على قيام العلاقة السببية بينهما. والله أعلم.

الفرع الثاني: **نفي العلاقة السببية:** للمتعاقد الذي ارتكب خطأً، والذي ينكر قيام هذه العلاقة، الحق في إثبات انفكاك خطئه العقدي عن الضرر الواقع على المتعاقد الآخر، وذلك بإثبات أن الضرر الواقع لم ينشأ من خطئه، وأن السبب في ذلك هو سببٌ أجنبي، مع الأخذ بعين الاعتبار أن يد المتعاقد إن كانت يد أمانة وهلك محل العقد بآفة سماوية فلاضمان عليه، أما إن كانت يده يد ضمان، كالبائع قبل تسليم المبيع، فالأصل أنه يضمن مهما كان سبب الهلاك إلا إذا تأكد الخطأ بأنه من قبل المضرور[1]، وقد عرف الفقه الإسلامي فكرة السبب الأجنبي، ويمكننا الكلام عنه من الناحية الفقهية في النقاط التالية:

١- تناول القرآن الكريم لفكرة السبب الأجنبي: تناولت بعض الآيات القرآنية ما يدل على فكرة السبب الأجنبي ومن ذلك قوله تعالى ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا﴾[2] فالله يكلف النفس ما آتاها، مما تقدر عليه وتستطيعه، و لم يحملها ما يخرج عن الحدود التي آتاها.

٢- استنباط فكرة السبب الأجنبي من كلام الفقهاء: ويظهر ذلك من خلال صور السبب الأجنبي التي تكلم عنها الفقهاء: **الصورة الأولى: الآفة السماوية:** تكلم الفقهاء عن آفة الجوائح أثناء كلامهم عن الحبوب والثمار وما يتعلق بها، وبينوا أثر تلك الجوائح على مصير العقد، مما يعزز القول بأن الآفة السماوية، أو أي أمر خارج عن إرادة الإنسان مما لا يد له فيه، لها تأثير في المعقود عليه في العقود المختلفة، ومن نصوص الفقهاء في ذلك: ما جاء في رد

---

(1) عقد البيع في الفقه الإسلامي، للشيخ مصطفى الزرقا، ص١٢٢.

(2) سورة الطلاق، الآية: ٧.

المحتار: "ولا خراج إن غلب الماء على أرضه أو انقطع الماء أو أصاب الزرع آفة سماوية كغرق وحرق وشدة برد"[1]، وجاء في الفتاوى الهندية ما نصه: "إذا اصطلم الزرع آفة سماوية لا يمكن الاحتراز عنها كالغرق والحرق وشدة البرد، وما أشبه ذلك، فلا خراج، أما إذا كانت آفة غير سماوية، ويمكن الاحتراز عنها كأكل القردة والسباع والأنعام ونحو ذلك، فلا يسقط الخراج"[2]، وجاء في أسنى المطالب ما نصه: "ثم ساقى على ما فيه مما تجوز المساقاة عليه بجزء من الثمرة فعمل في البستان ثم حصل في الأشجار آفة سماوية فضعفت ويبست و لم تحمل ما ينتفع به لزمه الأجرة كلها"[3]. من خلال ذلك يتبين لي أن كلمة الفقهاء اتفقت على انتفاء ضمان المتعاقد لهلاك أو تلف ما تحت يده من أموال الغير إذا كان هذا الهلاك ناتجاً عن آفة سماوية أو جائحة لا يمكن الاحتراز عنها وتلافي النتائج المترتبة عليها. والله أعلم.

الصورة الثانية: خطأ الدائن أو المضرور: إذا كان الهلاك أو الخطأ بسبب من المتضرر نفسه فهو الذي يتحمل تبعة هذا الخطأ، وليس المتعاقد الأول والذي قام بما يجب عليه، ويدل لذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾[4]، وجاء في تبين الحقائق ما نصه: "وجناية الراهن والمرتهن على الرهن مضمونة؛ لأن حق كل واحد منهما محترم فيجب عليه ضمان ما أتلف على صاحبه؛ لأن الراهن مالك، وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه والمرتهن حقه لازم محترم وتعلق

---

[1] رد المحتار على الدر المختار، ٤/١٩١.

[2] الفتاوى الهندية، ٢/٢٤٣.

[3] أسنى المطالب شرح روض الطالب، ٢/ ٤٢١.

[4] سورة الإسراء، آية: ١٥.

مثله بالمال يجعل المالك كالأجنبي"[1]، كل ذلك يدل دلالة واضحة على أنه إذا كان الضرر الواقع بالمتضرر بسبب خطأ منه فإن المتعاقد الأول لا يضمن. والله أعلم.

الصورة الثالثة: خطأ الغير: اعتبر الفقهاء فعل الغير الذي يترتب عليه وقوع الضرر على المتضرر سبباً أجنبياً يترتب عليه انتفاء الضمان على المتعاقد، وقد عبر الفقهاء عن الغير بتعبير (الأجنبي) ويقصدون به غير من أجرى العقد واعتبروه أجنبياً إذا ما تسبب في الإضرار، واتفقوا على تضمينه، لأنه أهلك مالاً مملوكاً للغير بدون إذنه فيلزم أن يغرم مثل ما أتلفه إن كان مثلياً أو قيمته إن لم يكن له مثيل، جاء في مواهب الجليل ما نصه: "من استعار دابة ليحمل عليها شيئا فوكل من يحمله عليها أو حمله عليها شريكه لم يضمن هو، ولا شريكه بخلاف لو تعدى أجنبي وحمل عليها ما استعيرت له، فإن الأجنبي يضمن"[2]، وعليه فالسبب الأجنبي في الفقه الإسلامي ينفي الضمان إذا كانت اليد يد أمانة، ويمكننا من خلال ذلك القول بأن السبب الأجنبي هو: كل ما يؤدي إلى هلاك المعقود عليه، ولا دخل للمدين فيه.

المطلب الثاني: ركن العلاقة السببية في النظام:

تعتبر العلاقة السببية أحد أهم أركان المسؤولية العقدية في النظام، فلا يكفي وجود الضرر والخطأ بل يجب أن يكون الخطأ هو الذي سبب الضرر فإذا وجد الخطأ والضرر، ولكن ليس بينهما علاقة سببية فحينئذٍ لا تتحقق المسؤولية، ويقع عبء إثبات العلاقة السببية على المتضرر طالما أقام الدليل على الخطأ والضرر، ولا يعني ذلك إعفاؤه من إثباتها، ويقع على

---

(1) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٩١/٦.

(2) مواهب الجليل، للحطاب، ٢٧٣/٥.

المدين عبء نفي هذه السببية، وأن عدم التنفيذ للعقد راجع إلى سبب أجنبي، والسبب الأجنبي في النظام يأخذ إحدى الصور التالية:

الصورة الأولى: القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ: وهو ما يقع قضاء وقدراً ولا يمكن توقعه أو دفعه، مما يتعذر معه تنفيذ الالتزام التعاقدي، فإذا تحققت هذه الصورة وكانت هي السبب الوحيد في وقوع الضرر، فلا مسؤولية على المتعاقد، وبالتالي نكون أمام حالتين: إيقاف الالتزام حتى زوال الحادث الفجائي، أو انقضاء الالتزام بالعقد نهائياً لاستحالة التنفيذ، ومما يجب ملاحظته هنا أنه يجب لإعمال هذه الصورة شرطان: الأول: ألا يمكن توقع الحادث الفجائي، فإذا أمكن توقعه لم يكن قوة قاهرة، وإيجاب عدم التوقع لا يتأتى من جانب المدعى عليه فحسب، بل أيضاً من جانب من هو متيقظ وحريص، بمعنى أن المعيار الذي يقاس به في هذه المسألة معيار موضوعي لا ذاتي، ويتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقاً لا نسبياً[1].

الصورة الثانية: خطأ المضرور: فإذا كان عدم تنفيذ الالتزام العقدي أو التأخر فيه يرجع إلى خطأ المضرور وحده، فلا وجود للمسؤولية والحالة هذه على المتعاقد، وبالتالي يتحمل المضرور الضرر الذي تسبب فيه، أما إذا ساهم خطأ المضرور مع خطأ المدعى عليه، فالأمر لا يخلو من:

١- اقتصار الضرر على خطأ المدعى عليه فقط، وليس لخطأ المضرور أي تأثير فعندئذٍ تتحقق المسؤولية.

٢- إذا استغرق خطأ المدعى عليه خطأ المتضرر، فعندئذٍ تتحقق المسؤوليه.

---

[1] مصادر الالتزام، أحمد أبو ستيت، ٤٧.

٣- ألا يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر، بحيث بقيا متميزين، فعندئذٍ نكون أمام خطأ مشترك، وبالتالي تتوزع المسؤولية على أساس جسامة الخطأ لكل من الطرفين، و يشترط لكون خطأ المضرور مؤثراً، كون ما وقع منه خطأً، وأن يكون له شأن في إحداث الضرر[1].

الصورة الثالثة: خطأ الغير: ويقصد به غير المتعاقدين، فإذا ثبت أن الضرر نشأ بسبب خطأ الغير فلا مسؤولية على المدعى عليه، أما إذا كان لكل من خطأ المدعى عليه وخطأ الغير شأن في إحداث الضرر، فإذا استغرق خطأ المدعى عليه خطأ الغير تحققت المسؤولية في حق المدعى عليه، ولا أثر لخطأ الغير في هذه المسؤولية، أما إذا استغرق خطأ الغير خطأ المدعى عليه فإن الغير يكون وحده المسئول ويتحمل التعويض، وفي حالة التساوي تتوزع المسؤولية عليهما[2].

المطلب الثالث: المقارنة بين الفقه والنظام: بعد العرض السريع لعلاقة السببية كأحد الأركان المهمة لعلاقة السببية في المسؤولية العقدية، نجد أن النظام يتفق مع الفقه الإسلامي من حيث أن السبب الأجنبي هو كل ما يؤدي إلى هلاك المعقود عليه، ولا يد للمدعى عليه فيه، ويترتب عليه انتفاء المسؤولية، كما يتفقان في صور السبب الأجنبي ولا خلاف بينهما إلا من حيث التسمية فقط، فنجد مثلاً أن الفقهاء يسمون تلك الصور بالآفة السماوية أو الجائحة، وخطأ الدائن، وخطأ الغير، وهذه الصور تتفق مع النظام والخلاف منحصر في اللفظ فقط، فنجد الشراح مثلاً يطلقون عبارة القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ ويعنون بذلك، الآفة السماوية التي اصطلح عليها الفقهاء، وعبارة الشراح ما هي إلا ترجمة معاصرة لفكرة الآفة السماوية،

---

[1] السنهوري، مرجع سابق، ١/١٢٢٣.

[2] المرجع السابق.

وبقية صور السبب الأجنبي يتفق النظام فيها مع الفقه الإسلامي من حيث الجملة، وينحصر الخلاف في أن الفقه الإسلامي ينفي المسؤولية عن يد الأمانة لا عن يد الضمان، أي أن السبب الأجنبي يمنع قيام المسؤولية إذا كانت يد المدعى عليه يد أمانة ولا يمنع إذا كانت يد المدعى عليه يد ضمان، وهذا بخلاف رأي شراح النظام. والله أعلم.

المطلب الرابع: مدى توافر علاقة السببية بين خطأ المحكَّم والضرر الحادث:

من خلال العرض السابق يتضح لي أن علاقة السببية في مسؤولية المحكَّم قد تكون واضحة في بعض الأحيان وذلك في حالة وضوح الخطأ والضرر، لكن ذلك قد يكون أمراً شاقاً في حالات كثيرة وذلك لأن الخطأ قد يأخذ صورة فعل وقد يأخذ صورة ترك أو امتناع، كما أن وجود الضرر يرجع إلى عوامل متعددة، وهو ما يجعل تحديد آثار الخطأ أمراً عسيراً، إضافة إلى أن تحديد معنى السببية في مسؤولية المحكَّم يختلف نظراً لاختلاف معنى السببية بشكل عام، وقد ظهرت في هذا الصدد عدة نظريات، منها نظرية تعادل الأسباب ونظرية السبب الملائم، ونظرية السبب المباشر، ونظرية السبب المنتج، وما يهمنا في هذا الخصوص هو الأخذ بالرأي الراجح ألا وهو السبب المنتج، وبالتالي أستطيع القول بأن السببية في مسؤولية المحكَّم تنحصر في الفعل أو الواقعة التي تؤدي وفقاً للمألوف إلى حدوث الضرر بحيث لا يمكن الاعتداد إلا بالسبب الذي ساهم في إحداث الضرر على نحو منتج وفعّال وأما في حالة تسلسل الأضرار التي تنشأ عن الخطأ، فإن علاقة السببية تقوم بين الفعل الخاطئ والضرر المباشر فقط، أي الضرر الذي يعتبر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ذاته، بأن يكون قد نجم عنه مباشرة،

وتأسيساً على ما سبق فإنه إذا توافرت رابطة السببية بين خطأ المحكّم والضرر الناتج عنه فإنه يكون مسئولاً وتنشغل ذمته بالضمان، أما إذا انقطعت رابطة السببية بأن كانت هناك قوة قاهرة، أو خطأ المتضرر، أو خطأ الغير، أو كان السبب غير منتج أو غير مباشر، فإن المحكّم لا يكون مسئولاً والحالة هذه. والله أعلم.

المطلب الخامس: إثبات علاقة السببية ونفيها في مسؤولية المحكّم وفيه فرعان:

الفرع الأول: إثبات علاقة السببية: يجب على من يدعي خطأ المحكّم، أن يثبت هذا الخطأ والضرر الذي يدعيه، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر بالطريقة التي تقدم ذكرها، ويجوز إثبات علاقة السببية بكافة طرق الإثبات، ومما تجدر الإشارة إليه هنا أن إثبات علاقة السببية في مسؤولية المحكّم يكون سهلاً في حالة كان الخطأ ناتجاً عن الإخلال بتحقيق نتيجة، أما إذا كان الخطأ ناتجاً عن الإخلال ببذل عناية، فإن إثبات العلاقة السببية في هذا المجال يبدو صعباً بعض الشيء، حيث أن خطأ المحكّم يتوارى خلف الالتزام ببذل عناية، فيكون الكشف عنه صعباً، إذ يجب أن يثبت المدعي أنه لولا إخلال المحكّم أو إهماله أو تقصيره ببذل العناية المطلوبة لما أصيب بالضرر، ويتمتع قاضي الموضوع المختص بنظر الدعوى بسلطة تقديرية في استخلاص علاقة السببية أو نفيها، وله تكييفها، و يكون تقديره لذلك هو تقدير موضوعي مجرد، أي يمعن النظر في الخطأ على حده باعتباره قضية مجردة، ويمعن النظر أيضاً في الضرر الحادث بسبب الخطأ على حده وباعتباره قضية مجردة، ثم يضع أمامه السؤال التالي: هل من شأن هذا

الخطأ توليد هذا الضرر بطريقة مباشرة أم لا؟ فإذا كان ذلك بيِّناً واقتنع به توافرت علاقة السببية، وإذا لم يقتنع فلا. والله أعلم.

الفرع الثاني: نفي علاقة السببية: يستطيع المحكَّم أن ينفي توافر علاقة السببية بين الخطأ الذي وقع فيه، والضرر الذي يدعيه الخصم، بمعنى أن للمحكَّم في دعوى المسؤولية أن يستند إلى السبب الأجنبي لنفي الرابطة السببية، فيجوز له نفي العلاقة بالاستناد إلى القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ والذي لم يتمكن من توقعه أو دفعه، ومثال ذلك: أن يثبت أن تأخره عن إيداع الحكم أو المعاينة وما إلى ذلك يعود إلى حدوث فيضان أو زلزال، كما يستطيع المحكَّم أن يتمسك بخطأ المضرور إذا كان الضرر قد وقع بخطأ المضرور وليس بخطئه، وبالتالي ينفي علاقة السببية، كأن يثبت المحكَّم أن التأخر في الحكم يعود إلى امتناع أطراف النزاع عن حضور الجلسة أو مماطلتهم، أو يثبت أن خطأه في الحكم أو التسبيب يعود إلى الخصم الذي زوده بمستندات غير حقيقية أو مزورة، وللمحكَّم أن يستند في نفي علاقة السببية إلى خطأ الغير، كأن يثبت المحكَّم أن الخطأ في الحكم تم بناء على تأثره برأي الخبير الذي استشاره في الموضوع، فالخطأ يعود إلى أن الخبير قدم معلومات غير صحيحة عن الموضوع مما تسبب في حدوث الخطأ، كما أن للمحكَّم الاستناد إلى السبب غير المنتج، لنفي العلاقة السببية، بأن يثبت أن الضرر لم ينشأ مباشرة عن خطئه، أو أن هذا الخطأ لم يكن من شأنه إحداث الضرر وإنما نشأ عن أسباب أخرى، وفي كل الأحوال يقع على كاهل المحكَّم عبء إثبات السبب الأجنبي، أو السبب غير المنتج، لأنه هو المدعى عليه في دعوى المسؤولية، حيث أنه يريد

التخلص من المسؤولية بنفي علاقة السببية، فإذا ما نجح المحكّم في نفي علاقة السببية لسبب أجنبي[1]، انتفت مسؤوليته عن تعويض الضرر المدعى به، أو على الأقل تكون مسؤوليته مخففة إذا تم توزيع عبء المسؤولية، في حالة اشتراك خطأ المضرور مع خطأ المحكّم في إحداث الضرر

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أنه يجب على القاضي المختص بنظر دعوى المسؤولية تحقيق دفاع المحكّم بخصوص انعدام رابطة السببية بين ما هو منسوب إليه وبين الضرر، حيث أن هذا الدفاع هو دفاع جوهري مؤثر في سير القضية، وليس هو محاولة للتهرب من سطوة المسؤولية وللقاضي في هذا الخصوص الحق في اعتماد ذلك وبالتالي عدم مساءلة المحكّم، أو الرفض ومن ثم تتأكد مسؤوليته عن تعويض هذا الضرر. والله أعلم.

المبحث الرابع: تطبيق بعض القواعد الفقهية على مسؤولية المحكّم :

تمهيد: بما أن الحديث يدور حول مسؤولية المحكّم وما يترتب عليها من انشغال ذمة المحكّم بالضمان، فقد رأيت من المناسب أن أذكر بعض القواعد الفقهية التي تقرر أحكام العديد من الضمان، وتطبيقها على محل الدراسة، وكل ذلك يتضح من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: قاعدة : لا ضرر ولا ضرار: يقصد بالضرر: إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً وأما الضرار فيقصد به: مقابلة الضرر بالضرر، أو إلحاق مفسدة بالغير على جهة المقابلة، أي لا

---

[1] قررنا سلفاً أن الفقه الإسلامي يرى: أن من كانت يده يد أمانة فإنه لا يضمن في حالة حدوث الخطأ بسبب أجنبي، كما قررنا أن علاقة المحكّم بالخصوم يحكمها عقد الجعالة، وعليه فإن يد المحكّم يد أمانة، مما يرفع عنه المسؤولية إذا وقع الخطأ بسبب أجنبي، وبالتالي لا ضمان عليه. والله أعلم.

يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء[1]، وهذه القاعدة هي أساس لمنع الضرر وتحريمه سواء كان عاماً أو خاصاً وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة، كما أنها سند لمبدأ الاستصلاح في جلب المصالح ودرء المفاسد، وهي عدة الفقهاء وعمدتهم وميزانهم في تقرير الأحكام الشرعية والحوادث، وينبني عليها كثير من أبواب الفقه[2]، وتأسيساً على ذلك فإن المحكّم يكون مسئولاً عما يرتكبه من أخطاء يترتب عليها إضرار بالغير، وليس للمتضرر مقابلة الضرر بالضرر أي الثأر لمجرد الانتقام، لأن ذلك يزيد في الضرر ويوسع من دائرته، بل ينبغي عليه أن يسلك في رفع الضرر عن نفسه المسلك الصحيح، من خلال اللجوء إلى القضاء المختص.

المطلب الثاني: قاعدة: الضرر يزال: يقصد بالإزالة هنا التنحية والإذهاب أو الدفع، وهذه القاعدة من جوامع الأحكام، وهي أساس من أسس منع الضرر عن النفس والغير، وهي توجب رفع الضرر قبل وقوعه وبعده، لأن الوقاية خير من العلاج، فإذا وقع وجبت إزالته وترميم آثاره، وهذه القاعدة تتكون من العناصر التالية: الموضوع: وهو الضرر، والحكم الكلي: وهو وجوب إزالة الضرر، ومناط الحكم، والمقصد الشرعي من هذه القاعدة. فأما موضوع القاعدة: فهو الضرر أياً كان نوعه، وأياً كانت الطريقة التي وقع بها، وأما حكم القاعدة الكلي فهو وجوب إزالة الضرر، لأن الإخبار في كلام الفقهاء للوجوب، وهو يتضمن حكمين: الأول: وجوب رفع الضرر قبل وقوعه، والثاني: وجوب إزالة الضرر بعد وقوعه، وأما مناط الحكم: فهو درء المفاسد عن الناس، لأن أحكام الشريعة معللة بجلب المصالح ودرء

---

[1] الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، لمحمد صدقي بن أحمد البورنو، ص٢٥٢.

[2] المرجع السابق، ص٢٥٤.

المفاسد، وبالتالي فإزالة الضرر تعلل بدرء المفاسد، وأما المقصد الشرعي من هذه القاعدة: فهو نفي فكرة الظلم من عقول الناس؛ لأن الضرر ظلم[1]، وتأسيساً على ذلك فإن الضرر الواقع على المدعي بسبب خطأ المحكّم يجب إزالته من خلال الضمان. والله أعلم.

المطلب الثالث: المؤتمن غير ضامن ما لم يفرط: أي أن من كانت يده يد أمانة فلا ضمان عليه إلا إذا تعدى أو فرط، ومن أجل ذلك يضمن الوديع إذا أخبر اللص بمكان الوديعة فسرقها منه لتعديه بذلك، وعليه فإن يد المحكّم يد أمانة وبالتالي فإنه لا يضمن ضياع أو فقدان المستندات التي تحت يده، إذا ثبت أنه لم يفرط في الحفظ، وأنه لم يتعدَّ عليها سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، أما في حالة ثبوت إهماله أو تقصيره فإنه يضمن. والله أعلم.

المطلب الرابع: لا ضمان على المبالغ في الحفظ: فإذا حفظ المحكّم ما أودع لديه من مستندات كما يحفظ ماله، ثم تلفت أو سرقت فلا ضمان عليه، لأنه بالغ في الحفظ.

المطلب الخامس: يقبل قول الأمين في براءة نفسه لا في إلزام الضمان على الغير:

من المعلوم أنه إذا تعارضت ادعاءات المتخاصمين، كالمودع والمستودع مثلاً، فإنه يؤخذ بقول الوديع مع يمينه لأنه أمين[2]، وبناء على ذلك إذا ادعى المحكّم أن المستندات هلكت عنده بدون تفريط منه، وأنكر المدعي وادعى أن المحكّم تسبب بإتلافها نتيجة إهماله، أو ادعى

---

[1] القواعد الفقهية والضوابط الكلية في الشريعة الإسلامية، د/محمد عثمان شبير، ص١٧٠ وما بعدها.

[2] الزحيلي، مرجع سابق، ص٢٢٧.

المدعي أن المحكَم لم يرد إليه المستندات، وقال المحكَم بل رددتها، ففي جميع الأحوال يؤخذ

بقول المحكَم مع يمينه، لأنه أمين في الحفظ، والأمين مصدق باليمين. والله أعلم.

الفصل الثالث

آثار مسؤولية المحكّم

وفيه المباحث التالية:

المبحث الأول: آثار مسؤولية المحكّم في الفقه

المبحث الثاني: آثار مسؤولية المحكّم في النظام

المبحث الثالث: المقارنة بين الفقه والنظام

المبحث الرابع: الخلاف حول حصانة المحكّم في النظام وموقف الفقه من ذلك

المبحث الخامس: المحكمة المختصة بنظر دعوى مسؤولية المحكّم

المبحث السادس: الجزاءات القابلة للتطبيق على المحكّم دون الحاجة إلى رفع دعوى المسؤولية

الفصل الثالث: آثار مسؤولية المحكَّم :

تمهيد: تقدم الحديث عن الالتزامات التي يلتزم بها المحكَّم، وما يترتب على الإخلال بها، من قيام المسؤولية تجاهه، وهذه المسؤولية بينّا نوعها وأركانها، وذكرنا أنها تثور في الوقت الذي يرتكب فيه المحكَّم خطأً يترتب عليه ضرر، وهنا جاء دور الحديث عن آثار هذه المسؤولية وما قد يترتب على خطأ المحكَّم، وذلك يتضح من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: آثار مسؤولية المحكَّم في الفقه وفيه المطالب الآتية:

تمهيد: لقد بيَن الفقهاء –رحمهم الله– ما يترتب على تعدي المحكَّم وإضراره بالغير من آثار ورأيت من المناسب ذكرها من خلال هذا المبحث وهي تتضح في المطالب التالية[1]:

المطلب الأول: الزجر والتأديب: يرى بعض الفقهاء أن المحكَّم إذا ارتكب خطأً من الأخطاء كأن يحكم فيما ليس من اختصاصه، أو يرتكب أي خطأ من شأنه التأثير على عملية التحكيم فإنه حينئذ يكون مستحقاً للعقوبة، أما ما هي العقوبة التي يستحقها في مثل هذه الحالة، فقد اختلف المالكية في ذلك على النحو التالي:

فيرى خليل: أن المحكَّم إذا حكم فيما ليس له التحكيم فيه فإنه يودب سواء نفذ حكمه أم لم ينفذ، إلا أن أكثر المالكية– وبخاصة شراح مختصر خليل – يقيدون استحقاق المحكَّم للتأديب من قبل الإمام، في حالة تنفيذ المحكَّم لحكمه، وأنه في حالة اكتفاء المحكَّم بإصدار

---

(1) أحب أن أوضح مسألة مهمة في هذا المبحث ألا وهي أن العقوبات التي يذكرها الفقهاء في حق المحكَّم، ليست على الترتيب بمعنى أنه قد تجتمع عقوبة الزجر والتأديب والضمان، ولا يترتب على كل خطأ عقوبة معينة، بل الأمر متروك للقاضي في إيقاع العقوبة التي يراها مناسبة، مع الأخذ بعين الاعتبار جسامة الخطأ وفداحته.

الحكم دون تنفيذه فإن الإمام يكتفي بزجر المحكَّم ونهيه عن العود لمثله، جاء في مواهب الجليل شرح خليل ما نصه: "ص(ومضى إن حكم صوابا وأدب) ش: ظاهر كلام المؤلف أنه يؤدب سواء أنفذ الحكم أم لم ينفذه بنفسه ولكنه حكم به ورفعه إلى القاضي ينفذه والذي حكم به نقله في التوضيح وابن عبد السلام وابن عرفة وفي الذخيرة وابن يونس وابن فرحون أن الأدب إنما يكون إذا أنفذ الحكم بنفسه أما إذا حكم و لم ينفذ فإن القاضي يمضي حكمه وينهاه عن العودة ونص ما في التوضيح، قال أصبغ: إذا حكم فيما ذكرنا أنه لا يحكم فيه فإن القاضي يمضي حكمه وينهاه عن العودة زاد ابن عبد السلام ويقيم الحد وغيره، انتهى. ثم قال في التوضيح: وإن فعل المحكم ذلك بنفسه فقتل أو اقتص أو حد ثم رفع ذلك إلى الإمام أدبه السلطان وزجره وأمضى ما كان صوابا من حكمه، انتهى. ونقله القرافي وغيره عن سحنون وزاد القرافي وابن فرحون بعد هذا الكلام الأخير وبقي المحدود محدودا والتداعي ماضيا فتأمل ذلك فإنه ينبغي أن يقيد به كلام المؤلف، والله أعلم "[1] اهـ، هذا في حالة إصدار المحكَّم للحكم دون التنفيذ، أما في حالة تنفيذه للحكم كأن يوقع الحد بالقص أو القطع فإن أكثر المالكية يرون أن المحكَّم والحالة هذه يكون مستحقاً للتأديب، جاء في شرح الخرشي ما نصه: "ولكن إذا استوفى الحكم بالحد والقتل يؤدب لافتياته على الإمام في الاستيفاء وإلا فلا يؤدب بل يزجر ولا يؤدب على المعول عليه وحينئذ إذا حكم بالقتل وعفا عن المحكوم عليه لم يكن عليه أدب كما يستفاد من كلام المواق ، أي فالتأديب ليس عاماً بل قاصراً على مسألة

---

[1] مواهب الجليل شرح مختصر خليل، للحطاب ، ١١٣/٦ ؛ وانظر في هذا المعنى أيضاً منح الجليل شرح مختصر خليل، لعليش ٢٨٧/٨.

الحد والقتل"[1]، ويرى العدوي أن كلام الخرشي هنا يفيد أن التأديب قاصر على ما لو قتل أو أقام الحد وليس عاماً، وجاء في الشرح الصغير ما نصه: "فإن حكم المحكَّم في هذه الأمور التي لا يجوز له الحكم فيها بأن جعل فيها حكماً فحكم صوابا مضى، حكمه ولا ينقض، لأن حكم المحكم يرفع الخلاف، وأدب لافتياته على الحاكم، ومحل تأديبه إن نفذ حكمه بأن اقتص أو حد أو طلق، لا بمجرد قوله: حكمت"[2]، وعلق الصاوي على ذلك: بأن الافتيات لا يتحقق إلا بوجود حاكم شرعي، وأن الحاكم الشرعي في هذا الزمن نادر الوجود وقد ذكر ذلك في حاشيته والتي جاء فيها ما نصه: ".. وأدب لافتياته على الحاكم...، أي إن كان هنا حاكم شرعي وأما في زماننا هذا فوجوده كالكبريت الأحمر"[3].

والذي يظهر أن المحكَّم يكون مستحقاً للزجر والتأديب، لأي نوع من أنواع التنفيذ، وبدون أي شرط، لأن ذلك الخطأ من المحكَّم يعد انتهاكاً لحرمة المحكوم عليه بلا وجه شرعي كما أن هذا العمل يعد خرقاً لأبهة القضاء كما قررنا سلفاً. والله أعلم.

المطلب الثاني: النظر في مدى إنفاذ حكم المحكَّم من عدمه: يقرر بعض الفقهاء عقوبة إبطال حكم المحكَّم كجزاء له، عند ارتكابه لبعض الأخطاء، وذلك من خلال إيجاب عرض الحكم على القاضي المختص لتدقيقه والنظر في موافقته للأصول من عدم ذلك، فيُعرض حكم المحكَّم على القاضي المنصوب من قبل السلطان أو على محكَّم ثانٍ ليدقق الحكم مرة ثانية فإذا كان

---

[1] شرح مختصر خليل، للخرشي، ١٤٦/٧ .

[2] الشرح الصغير، ٢٠٠/٤.

[3] حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٢٠٠/٤.

موافقاً للأصول صدقه لأنه لا فائدة من نقض الحكم الموافق للأصول، والحكم ثانية بذلك وفائدة تصديق حكم المحكَّم من قبل القاضي هو: أنه لو عرض هذا الحكم على قاضٍ آخر يخالف رأيه واجتهاده رأي المحكَّم فليس له نقضه لأن إمضاء وقبول القاضي لحكم المحكَّم هو بمنزلة الحكم ابتداءً من القاضي؛ أما إذا لم يصدق القاضي على حكم المحكَّم فيكون من الممكن للقاضي الآخر أن ينقض حكم المحكَّم، فإذا حكم المحكَّم حكماً غير موافق للأصول ينقضه القاضي والمحكَّم الثاني، وعدم موافقة حكم المحكَّم للأصول يكون على وجهين:

الأول: أن يكون حكم المحكَّم خطأً لا يوافق أي مذهب من المذاهب؛ وبتعبير آخر أن يكون حكم المحكَّم غير موافق لمذهب المجتهد الذي يقلده القاضي ولا يوافق رأي أي مجتهد من المجتهدين والعلماء، وبما أن الحُكم الذي يكون على هذه الصورة ظلم واجب رفعه فيرفع هذا الحكم وينقض ويحكم القاضي في القضية على وجه الحق[1]، فيعتبر هذا النقض الواقع على حكم المحكَّم بمثابة جزاء له على مخالفته للأصول.

الثاني: أن يكون حكم المحكَّم موافقاً لمذهب أحد المجتهدين إلا أنه يكون غير موافق لمذهب المجتهد الذي يقلده القاضي الذي عُرض عليه حكم المحكَّم، وفي هذه الصورة ينقض القاضي ذلك الحكم لأن ولاية المحكَّم مقصورة على الطرفين المتخاصمين وحكم المحكَّم في ذلك لا يرفع خلاف المسائل الخلافية أي أن حكم المحكَّم معتبر في حق الطرفين فقط، والمحكَّم في حق سائر الناس هو كآحاد الناس وبما أن المحكَّم لم يحكم من طرف القاضي فلا يكون القاضي

---

(1) علي حيدر، مرجع سابق، ٤/٧٠٢.

ملزماً بتنفيذه بعكس القاضي فحيث أنّ له ولاية عامة فحكمه يرفع الاختلاف وينفذ في حق كافة الناس[1]، وقد جاء في تبيين الحقائق شرح كتر الدقائق ما نصه: "...، أي إن لم يوافق مذهبه أبطله؛ لأن حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم من جهته بخلاف ما إذا رفع إليه حكم حاكم حيث لا يبطله، وإن خالف مذهبه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع على ما تقدم؛ لأن المولى من جهة الإمام له ولاية على الناس كافة؛ لأن مقلده له ولاية على الناس كافة فكان نائبه له فيكون قضاؤه حجة في حق الكل، فلا يتمكن أحد من نقضه كحكم الإمام نفسه بخلاف المحكم لأنه باصطلاح الخصمين، فلا يكون له ولاية على غيرهما، ولا يلزم القاضي حكمه بمترلة اصطلاحهما في المجتهدات حتى كان له نقض اصطلاحهما إذا رأى خلاف ذلك فكذا هذا"[2] ، وجاء في البحر الرائق ما نصه: "فإن لم يوافق مذهبه لم يمضه وهو المراد بإبطاله؛ لأنه حكم لم يصدر عن ولاية عامة فلم يلزم القاضي إذا خالف رأيه"[3]وجاء في العناية ما نصه: "ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لأنه مخالف لرأيه ومخالف للنص أيضا"[4] وعليه فإذا تجاوز المحكّم للنطاق المحدد له أو خالف مذهب القاضي، فإن ذلك يعد خطأً يستوجب النظر في حكمه من حيث اعتماده وإنفاذه أو نقضه. والله أعلم.

---

(1) المرجع السابق.

(2) تبيين الحقائق، للزيلعي، ١٩٤/٤.

(3) البحر الرائق ، لابن نجيم ، ٢٨/٧.

(4) العناية شرح الهداية ، ٣١٦/٧.

المطلب الثالث: التعويض وفيه فروع:

الفرع الأول: تعريفه: في اللغة: العوض هو البدل، والجمع أعواض، تقول: عضت فلاناً أو عوضته وأعضته إذا أعطيته بدل ما ذهب منه، يقول ابن فارس: "العين والواو والضاد كلمتان صحيحتان، إحداهما تدل على بدل الشيء والأخرى على زمان.."[1]

في الاصطلاح: لم يستخدم الفقهاء –رحمهم الله– لفظ التعويض كمصطلح لما نريده، وإنما هم يعبرون عن ذلك بمصطلح الضمان، وقد اختلفوا في استعماله؛ فمنهم من استعمله في المعنى نفسه الذي يقصد من لفظ التعويض، ومنهم من استخدمه كمعنى للكفالة فسموا في كتبهم أبواب الكفالة بالضمان، ومنهم من استخدمه كمعنى للغرامة أو البدل، ويلاحظ هنا أن الضمان في لغة الفقهاء يعم ضمان المال وضمان النفس، بل قد يستعمل فيما هو أعم من ذلك وهو ضمان المال بعقد أو بغير عقد كاعتداء، وقد سبق الكلام عن الضمان عند الفقهاء بما يغني عن الإعادة هنا[2]، و سوف أختصر الكلام في هذا المقام في تعريف الضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء ثم تعريفه كمصطلح على أثر المسؤولية أو جزائها، فأما تعريفه في لغة الفقهاء فيعرف بأنه: "شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل"، فالمراد ثبوته فيها مطلوباً أداؤه شرعاً عند تحقق شرط أدائه، سواء أكان مطلوباً أداؤه في الحال كالدين الحال، أم في الزمن المستقبل المعين، كالدَّين المؤجل إلى وقت معين[3].

---

[1] مقاييس اللغة ، لابن فارس ، ١٨٨/٤.

[2] انظر ذلك على صفحة: ١٥ من هذا البحث.

[3] علي الخفيف، مرجع سابق، ص٨.

وأما تعريف الضمان بما يتلاءم مع عموم نظريته الشاملة للمسؤولية ومبدأ التعويض فإنه يعرف بأنه: " التزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية"[1] ، وهذا التعريف – من وجهة نظري- يتفق ومضمون البحث الذي نحن بصدده، كما أنه يتميز بذكره لمحل الضرر المستلزم للتعويض، إلا أنه لم يذكر كافة أنواع الضرر الموجب للتعويض، فلم يذكر التعويض عن الضرر المعنوي، فهو تعريف مناسب مع زيادة لفظ أو (ضرر معنوي). والله أعلم .

---

[1] الزحيلي ، مرجع سابق ، ص١٥.

الفرع الثاني: كيفية التعويض (الضمان):

إن الأصل المقرر للضمانات في الشريعة الإسلامية للتخلص من العهدة والمسؤولية هو رد الحقوق بأعيانها عند الإمكان، فإذا استطاع رد الحق بعينه لزمه رده باتفاق العلماء، لقول: النبيﷺ :(على اليد ما أخذت حتى تؤديه)[1]، فإذا رد المدعى عليه العين كاملة الأوصاف برئ من المسؤولية، وإن ردها ناقصة الأوصاف جبر أوصافها بالقيمة، لأن الأوصاف ليست من ذوات الأمثال، وإذا تعذر رد المال بعينه لهلاكه أو لعيبه عيباً يذهب منفعته كان الواجب حينئذٍ رد المثل إن كان مثلياً، والمثلي هو ما يوجد له مثل بلا تفاوت بين آحاده، وهو ما يسمى عند شراح الأنظمة بالتعويض العيني، وقد اتفق الفقهاء على وجوب ضمان المثلي بمثله[2]، جاء في تبيين الحقائق: "يجب عليه مثل المغصوب إن كان مثلياً وهلك عنده"[3]، وجاء في حاشية الدسوقي:" واعلم أن فوت المثلي يوجب غرم مثله"[4]، وجاء في مغني المحتاج: "فيضمن المثلي بمثله؛ لأنه أقرب إلى حقه؛ ولأن المثل كالنص"[5]، وجاء في المغني: "ويجب ضمان العين بمثلها إن كانت من ذوات الأمثال "[6]، ومما يدل على وجوب التعويض

---

(1) رواه الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، حديث رقم (١٢٦٦)، ٥٦٦/٣، وقال: حديث

(1) رواه الترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، حديث رقم (١٢٦٦)، ٥٦٦/٣، وقال: حديث
حسن صحيح.

(2) المغني، لابن قدامة، ٣٤٤/٧.

(3) تبيين الحقائق، للزيلعي، ٢٢٣/٥.

(4) حاشية الدسوقي، ٤٤٦/٣.

(5) مغني المحتاج، للشربيني، ٣٤٧/٣.

(6) المغني، لابن قدامة، ٣٤٤/٧ .

المثلي قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾[1] فسمي الضمان المقابل اعتداء بطريق المقابلة لفعل الاعتداء أو الإضرار مجازاً لا حقيقة[2]، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها: "طعام بطعام وإناء بإناء"[3]، ولأن حق المتضرر ثابت بالصورة والمعنى فجبران الضرر أعدل وأتم في مثل الشيء المتلف، لأن اسم المثل عبارة عما يقوم مقامه من كل وجه فكان إيجابه أعدل وأتم في جبر الفائت وهو الأقرب إلى حقه[4] وإذا تعذر المثل يصار إلى القيمة وهو ما يسمى عند الفقهاء بالتعويض القيمي ويقصد به رد قيمة الشيء التالف أو الهالك كعوضاً عنه، وهو ما يقابل التعويض النقدي عند شراح الأنظمة وقد اتفق الفقهاء على أن التالف إذا كان موزوناً أو مكيلاً فإنه يجب رد المثل ولا يصار إلى القيمة إلا عند عدم وجود هذا المثلي وانقطاعه من الأسواق[5]، كما اتفقوا على أن التالف إذا كان مالاً قيمياً ولا مثيل له كعروض التجارة والحيوان فإنه يجب فيه القيمة لأن الوفاء بالمثل متعذر تماماً صورةً ومعنى، فوجبت القيمة لأنها تقوم مقامه[6]، واختلفوا في غير ذلك هل يعتبر فيه المثل أم أنه يعد مالاً قيمياً فتجب قيمته على قولين:

القول الأول: أن الأصل في كل شيء ضمانه بمثله ما أمكن ولا يصار إلى القيمة إلا إذا تعذر

---

(1) سورة البقرة، آية رقم: ١٩٤.

(2) الزيلعي، المرجع السابق.

(3) رواه الترمذي من حديث أنس، وقال: حديث حسن صحيح، حديث رقم (١٣٥٩)، ٣/٦٤٠.

(4) تبيين الحقائق، ٥/٢٢٣؛ مغني المحتاج، ٣/٣٤٧.

(5) بدائع الصنائع، للكاساني، ٦/١٤٤.

(6) الزيلعي، المرجع السابق.

رد المثل ، وهذا القول رواية عن الإمام أحمد رحمه الله، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله وتلميذه ابن قيم الجوزية رحمه الله[1]، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾[2]، والحديث السابق: (طعام بطعام وإناء بإناء) فدلت هذه الأدلة على وجوب ضمان المثل بحسب الإمكان، ولا يصار إلى القيمة إلا بعد العجز عنه.

القول الثاني: أن القيمي يضمن بقيمته كما أن المثلي يضمن بمثله وهو رأي الجمهور[3] قالوا: لأن غير المكيل أو الموزون لا تتساوى أجزاؤه وتتباين صفاته فكان القياس إيجاب القيمة وهو الأولى، والذي يترجح هو القول الأول لقوة أدلتهم وسلامتها من المناقشة ولأن القول بإيجاب المثل هو ما يشهد به الواقع حيث أنه يوجد من الأموال ما هو مثلي من غير المكيل والموزون كالآلات والمعدات ونحوها، وعليه فيجب على المتلف المثل ابتداءً فإن تعذر المثل يصار إلى القيمة. والله أعلم .

---

(1) الإنصاف، للمرداوي، مطبوع مع الشرح الكبير والمقنع، ١٥/٢٥٩ ؛ مجموع الفتاوى، ٢٠/٥٦٣؛ أعلام الموقعين لابن القيم، ٢/٤١ .

(2) سورة البقرة، الآية: ١٩٤.

(3) تبيين الحقائق، ٥/٢٢٣؛ مواهب الجليل، ٥/٢٨١؛ مغني المحتاج، ٢/٣٦٣.

الفرع الثالث: تقدير التعويض ووقت تقديره:

يجب عند تقدير التعويض النظر إلى قيمة الشيء التالف لا إلى ثمنه ويثبت تقدير ذلك عن طريق استعانة القاضي بالخبراء العدول المختصين، سواء لتقدير قيمة شيء، أو لمعرفة مقدار العيب فيه، وقد تظافرت عبارات الفقهاء حيال ذلك، فنجد أنهم كثيراً ما يحيلون في مسائل شتى لأهل الخبرة، جاء في المغني: "... وتعتبر الخبرة؛ لأنه لا يتمكن من الحكم بالمثل إلا من له خبرة"[1]، وقال في موضع آخر: "وإن كان مختلفاً...، رجع في تقويمه إلى أهل الخبرة"[2] وجاء في تبصرة الحكام: "...وإنما يسأل القاضي عنه أهل الخبرة به والمعرفة" [3]، ومما تجدر الإشارة إليه أنه يجب على القاضي ملاحظة ما حدث من الأضرار المادية الملموسة الواقعة فعلاً أما الأضرار المحتملة فإن كان وقوعها مؤكداً فهي في حكم الواقع كما قررنا ذلك سلفاً[4]، وأما ضياع الفرصة أو الربح المحتمل فقد تقدم الكلام فيها مفصلاً[5] ورجحنا القول بالتعويض عن الفرصة الضائعة بشرط أن تكون الفرصة مؤكدة وأن المتضرر كاد أن يكسبها لولا خطأ المحكّم، يقول الزحيلي في هذا الخصوص: "..وأما ضياع المصالح والخسارة المنتظرة...، فلا يعوض عنها في أصل الحكم الفقهي...، لكن يمكن أن نجد مستنداً لتعويض تلك الأضرار في السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي فيما لا نص عليه، عملاً بمبدأ السياسة الشرعية لإحقاق

---

[1] المغني، ٥/٤٠٥.

[2] المرجع السابق، ٢٨/٨.

[3] تبصرة الحكام، ٥٣/١.

[4] تقدم ذكره ضمن الحديث عن خصائص ضرر المحكّم. ص٣٣٧.

[5] انظر ذلك على صفحة: ٢٣٩ من هذا البحث.

الحق وإقرار العدل ودفع الحرج والمشقة، وأخذاً بمشروعية التعزيرات أو الغرامات المالية، يفعل القاضي في ذلك ما يراه حسب الحاجة"[1].

وصفوة القول: أن للقاضي سلطة في تقدير التعويض، ويجب عليه لكي يكون التعويض محققاً للغرض المقصود منه، مراعاة مبدأ المماثلة في الأموال المثلية، ويتحقق ذلك من خلال المساواة بين التعويض والضرر، فيكون التعويض عن جميع الأضرار حتى لا يبقى جانب المتضرر موتوراً غير مجبور، وأما في الأموال القيمية فيكون التعويض بقدر قيمة المال النقدية المقدرة بواسطة أهل الخبرة، ويجب مراعاة عدم الزيادة أو النقصان في التقدير، كما يجب ملاحظة أن التعويض يكون في مال الجاني نفسه.

وأما وقت تقديره: فقد اختلف الفقهاء في ذلك:

فقال أبو حنيفة: إذا كان المال مثلياً فتجب القيمة وقت الخصومة، أي وقت القضاء والمحاكمة لأن حق المالك لا ينقطع من العين إلى القيمة إلا بالقضاء، وأما إن كان المال قيمياً فتجب القيمة يوم التلف، إذا كان الضرر الواقع بدون سبب الغصب [2].

وقال المالكية: أنه يجب ضمان المغصوب يوم الغصب، والمتلف يوم الاستهلاك أو الإتلاف[3].

وقال الشافعية : في المال المتلف بلا غصب تجب فيه القيمة يوم التلف إن كان التالف مثلياً لأنه لم يدخل في ضمانه قبل ذلك ، وتعتبر القيمة في موضع الإتلاف

---

(1) الزحيلي، مرجع سابق، ص٩٦.

(2) بدائع الصنائع، ٦/١٤٤.

(3) الفروق، للقرافي، ٤/ ٦١.

إلا إذا كان المكان لا يصلح ، كالصحراء فتعتبر القيمة حينئذٍ في أقرب بلد[1].

وقال الحنابلة: تقدر القيمة يوم حدوث التلف وفي بلد التلف ، وفيما يجب عليه حفظه إلى مدة معلومة فإنه يلزمه ضمانه وقت انتهاء حفظه لا يوم تلفه[2].

الفرع الرابع: تقادم الحق في التعويض:

إذا ثبت الحق في التعويض للمضرور، ومضت المدة وهو لم يطالب بحقه في التعويض عن طريق القضاء، فهل يسقط حقه في التعويض أم يبقى قائماً ؟ الذي يظهر من كلام الفقهاء أن الدعاوى لا تتقادم إذ الحقوق لا تنقضي ولا تنتقل بمضي المدة سواء أكانت عيناً أم ديناً، وكل ما في الأمر أن التقادم يعد مانعاً للقاضي من سماع الدعوى بالحق، حمايةً لمبدأ الاستقرار في الأوضاع الحقوقية، وتجنباً لإثارة المشكلات في الإثبات ونحوه، وذلك لأن القضاء في الإسلام مظهر للحق لا مثبت له، والحقوق الثابتة لا يؤثر فيها ديانة مرور الزمن وتقادم العهد[3].

---

[1] المهذب، للشيرازي، ٤١٣/٣ وما بعدها.

[2] مجلة الأحكام الشرعية، لأحمد القاري، المادة(١٣٨٨)، ص٤٣٣.

[3] نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، ص٢٤٦ ؛ الزحيلي، مرجع سابق، ص١٠٢.

الفرع الخامس: تضمين المحكّم جراء ما ترتب على خطئه من ضرر:

الأصل في المسؤولية العقدية أن يتم التعويض فيها على حسب ما يتفق عليه الطرفان لكن حينما يتعلق الضرر الذي يلحقه المحكّم بغيره بإتلاف عضو أو إتلاف مال أو أذى نفسي أو تفويت فرصة فما الحكم؟ وللجواب عن ذلك أقول: إذا تمثل الضرر بإتلاف عضو فقد ذكر فقهاء المالكية أن المحكّم في هذه الحالة يضمن وتتحمل عاقلته الدية جاء في حاشية الصاوي ما نصه: "فإن ترتب على حكمه إتلاف عضو فالدية على عاقلته"[1]، وجاء في حاشية الدسوقي ما نصه: "فإذا حكم واحد منهم وترتب على حكمه إتلاف فإن كان لعضو فالدية على عاقلته"[2]، وأما إذا تمثل الضرر الصادر من المحكّم بإتلاف مال نتيجة الإخلال بالعقد المبرم بينهما فهل يجب عليه التعويض؟ إن هذا يدفعنا إلى إثارة مسألة ألا وهي: هل بالإمكان تعويض الضرر الناشئ عن الإخلال بالعقد في الشريعة الإسلامية؟ وللجواب عن ذلك أقول: لا جدال بأن للعقد في الشريعة الإسلامية قوة ملزمة وأصل ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾ [3] فالعقد يتضمن تعهداً ضمنياً باحترام نتائجه، فإذا حصل إخلال من جانب أحد المتعاقدين بالتزاماته، وترتب على ذلك حصول ضرر، فهل يحكم بالتعويض على الطرف المخل بالتزامه أم لا ؟ يرى البعض أن عدم قيام الملتزم بتنفيذ التزامه العقدي يستوجب شرعاً إلزامه وإجباره على التنفيذ ويعزر إن امتنع، أما الإلزام بالتعويض عما أحدثه

---

[1] حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٢٠٠/٤.

[2] حاشية الدسوقي، ١٣٦/٤.

[3] سورة المائدة، الآية: ١.

امتناعه من ضرر لا يتمثل بفقد مال فهو أمر لا تبيحه القواعد الفقهية والأصول الشرعية التي تقضيان بأن أخذ المال لا يكون إلا تبرعاً أو مقابل مال أُخذ أو أُتلف وإلا كان أكلاً له بالباطل، وعليه فالتعويض عن ضرر لم يتمثل بفقد مال غير جائز شرعاً طالما أن أساس التعويض هو مقابلة مال بمال[1]، في حين يرى فريق آخر أن الإخلال بالعقد أو بأحد شروطه يعد سبباً من أسباب المسؤولية فإذا أحدث المخالف ضرراً فإن ذلك يوجب المسؤولية في حق المخالف[2]، والذي يظهر أن المحكَّم إذا ترتب على إخلاله بالتزامه ضرر وكان محله إتلافُ مالٍ للمضرور فإنه يضمن ويجب عليه التعويض من ماله، سواء أتى الإتلاف على المال كله أو بعضه، يؤيد ذلك ما جاء في كتب فقهاء المالكية حيث ذكر الصاوي في حاشيته في معرض كلامه عن خطأ المحكَّم ما نصه: "وإن ترتب عليه إتلاف مال كان الضمان في ماله"[3]، وقال الدسوقي في حاشيته: "قوله: (فإن حكم و لم يصب فعليه الضمان) أي وإن ترتب عليه إتلاف مال كان الضمان في ماله"[4]، ويمكن الاستئناس أيضاً بما ذكره الفقهاء من أن الأجير إذا امتنع عن أن يقوم بما التزم به من عمل وترتب على ذلك تلف مال لمن استأجره لزمه التعويض بأداء قيمة ما تلف[5]، أما إذا لم يترتب على الإخلال ضرر مالي فإن الذي يجب – والله أعلم– أن يطلب من الممتنع عن التنفيذ أن ينفذ الشرط المتفق عليه قدر الإمكان عملاً بقاعدة: "يلزم

---

(1) المسؤولية المدنية في الفقه الإسلامي، محمود الشربيني، مقال منشور في مجلة العدالة، أبو ظبي، عدد ١٩، السنة السادسة ١٩٧٩ م، ص٣٦.

(2) الإسلام عقيدة وشريعة، محمود شلتوت، ص٤١٤.

(3) حاشية الصاوي، ٤/٢٠٠.

(4) حاشية الدسوقي، ٤/١٣٦.

(5) علي الخفيف ، مرجع سابق ، ص١٨.

مراعاة الشرط قدر الإمكان" فإن امتنع فإنه يعزر بأي تعزير يراه القاضي مناسباً سواء كان مالياً أو خلافه، و إذا كان الضرر الصادر عن المحكَّم يتمثل بضرر نفسي أو معنوي ففي التعويض عنه خلاف، حيث يرى بعض الفقهاء أن هذا النوع من الضرر لا ضمان فيه، في حين يرى البعض الآخر تحقق الضمان فيه، وقد تقدم الحديث مفصلاً عن هذه المسألة مما يغني عن الإعادة هنا[1] فالذي يترجح هو القول بالتعويض إذا كانت متحققة الوقوع كما قررنا سابقاً، يقول الزحيلي: "ومما يؤيد وجوب تعويض الأضرار عموماً أن أبا يوسف من الحنفية، والمفتى به عند المالكية، وبعض الشافعية، وابن تيمية وتلميذه ابن القيم من الحنابلة، كل هؤلاء يجيزون للقاضي أن يحكم في نطاق التعزيرات بالعقوبات المالية، أي بالجزاء النقدي بدلاً من الحبس وغيره من الأضرار التي لا عقوبة مقدرة فيها شرعاً، بدليل ما ثبت في سنة النبي صلى الله عليه وسلم من أمره بكسر دنان الخمر وشق ظروفها، وهدمه مسجد الضرار للمنافقين، ومضاعفته الغرم على سارق ما لا حد فيه بالقطع من الثمر أو من غير حرز، وأخذه شطر مال مانع الزكاة عزمة من عزمات الرب تبارك وتعالى.." إلى أن قال: "... حتى إن من قال: إن العقوبات المالية منسوخة وأطلق ذلك، فقد غلط في نقل مذاهب الأئمة والاستدلال عليها، بل إن أئمة المذاهب الأربعة الذين لا يجيزون التعزير بأخذ المال في الراجح عندهم، نظروا إلى اعتبارات سياسية محضة وهي خشية أن يتسلط الظلمة من الحكام على أموال الناس، فيأخذوها بغير حق باسم العقوبة، ثم يأكلونها وهذا المحذور غير قائم الآن بعد تنظيم القانون الوضعي

---

[1] انظر ذلك على صفحة: ٢٣١.

كيفية دفع الغرامات إلى الخزينة العامة مباشرة"[1]، وإذا تمثل الضرر بتفويت فرصة فالذي يظهر كما أسلفنا[2] أنه يمكن التعويض عنها متى ما كانت المصلحة متحققة ومتأكدة وثبت تسبب المحكَّم في ضياعها. والله أعلم.

الفرع السادس: مدى جواز اشتراط المحكَّم الإعفاء من المسؤولية:

قد يشترط المحكَّم على المحكِّم عدم الضمان، فهل يمكن قبول هذا الشرط ويبرأ المحكَّم من الضمان أم لا؟ لم أقف على نص للفقهاء بخصوص مدى جواز اشتراط المحكَّم الإعفاء من الضمان، إلا أنه يمكنني الإجابة عن ذلك من خلال بيان رأي الفقهاء في مسألة العقود التي يجب فيها الضمان هل يصيرها الشرط غير مضمونه، لقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ما وجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه؛ وهو قول الجمهور، قالوا: لأن هذا الشرط ينافي مقتضى العقد[3] .

القول الثاني: أن ما وجب ضمانه ينتفي ضمانه بشرط نفيه؛ وهو قول لبعض المالكية وقول عند الحنابلة. ومستندهم في ذلك: قول الرسول صلى الله عليه وسلم: (المسلمون على شروطهم) [4]، ووجه الاستدلال: أنه اشترط شرطاً له فيه مصلحة، فوجب أن يعمل بشرطه عملاً بهذا الحديث، وقد أيد هذا القول الزحيلي إذ يقول في ذلك: "فيجوز في العقود الاتفاق

---

(1) الزحيلي، مرجع سابق، ص٢٥.

(2) انظر التفصيل فيها على صفحة: ٣٥ من هذا البحث.

(3) روضة القضاة، ٦١٧/٢؛ حاشية الدسوقي، ٤٤٠/٣ وما بعدها؛ المهذب، ٣١١/٣؛ المغني، ٣٤٢/٧.

(4) تقدم تخريجه.

على التنازل عن الحق في التعويض عن الأموال والحقوق المادية، أو التخفيف من المسؤولية"[1] والذي يظهر أن اشتراط المحكَّم الإعفاء من المسؤولية لا يصح؛ لما يلي:

١- أن هذا الشرط لاغٍ؛ لأنه ينافي مقتضى العقد، وكل شرط ينافي مقتضى العقد فإنه شرط لاغٍ، ولأنه لو شرط عليه الضمان مطلقاً سواء بتعدٍ وتفريط أو بدونهما لم يصح فكذلك لو اشترط عدم الضمان مطلقاً إذ لا فرق، كما أن نفي الضمان مع أنه لم يجب، فيه إسقاط لما لم يجب، وما لم يجب لم يوجد حتى يمكن إسقاطه.

٢- إن الاجتهادات التي ترى أن الأصل في حرية الشروط العقدية هو الإطلاق كما هو الحال بالنسبة للاجتهاد الحنبلي، ليست على إطلاقها، إذ أن الفقه الحنبلي لم يهمل نظرية مقتضى العقد التي تمسّك بها من ضيق على نفسه من رجال المذاهب الأخرى ، يقول الشيخ الزرقا: "...فكثيراً ما يمنع فقهاء الحنابلة بعض الشروط في بعض العقود ويعللون بمخالفة ذلك الشرط لمقتضى العقد، إلا أنهم أوسع نظراً في تفسير مقتضى العقد وحدوده، فهم لا يعتبرون كغيرهم أن كل مصلحة يشترطها أحد العاقدين لنفسه مما لا يوجبها العقد بذاته تكون منافية لمقتضاه؛ بل يعتبرون مصلحة العاقد من مصلحة العقد نفسه ما دامت مشروعة، أي غير محرمة شرعاً، فلا يعتبر الشرط منافياً لمقتضى العقد في نظر المحققين من الحنابلة إلا في النواحي الأساسية التي إذا شرط خلافها تعطلت الغاية الشرعية من العقد فعندئذٍ قد يبطل العقد بالشرط، وقد يبطل الشرط ويصح العقد،

---

[1] الزحيلي ، مرجع سابق ، ص١٠٨.

وذلك على حسب حال الشرط ودرجة مناقضته لغاية العقد...، إلى أن قال: "وقد اختلفت الروايات عن أحمد في صحة اشتراط قلب مقتضى العقد من حكم الضمان إلى حكم الأمانة، وبالعكس فقد قال شمس الدين بن قدامة المقدسي في الشرح الكبير: "وإن اشترط المستعير نفي ضمان العارية لم يسقط الضمان...، ..وما كان مضموناً لا ينتفي بشرطه، لأن مقتضى العقد الضمان فإذا شرط نفي ضمانه لا ينتفي مع وجود سببه، كما لو اشترط نفي ضمان ما يتعدى فيه. وعن أحمد أنه ذكر له ذلك فقال: (المؤمنون على شروطهم)؛ وهذا يدل على نفي الضمان بشرط، ولكن الأول هو ظاهر المذهب"؛ إلى أن قال: ونلفت النظر إلى وجود اختلاف بين فقهاء المذهب الحنبلي، وأن ما هو متفق عليه من الأسس يوجد في تطبيقاته الفرعية اختلاف كثير على الحدود والتفصيلات فجريان خلاف الشرط في عقد النكاح مثلاً، وصحة تعليقه بالشرط المعلق هو خلاف المشهور في المذهب الحنبلي، وكذا تعليق عقود المعاوضات المالية، وطريقة البيع بما ينقطع عليه السعر مما تقدم بيانه، لم تتفق عليهما آراء فقهاء الحنابلة: فمنهم من حكم بجوازها ومنهم من حكم ببطلانها، ولكن المهم هو أنها آراء فقهية قد اتسعت لها قواعد المذهب ونظرياته الأساسية، وهي ثابتة الرواية والنقل عن إمام المذهب أو كبار رجاله ولو أن بعضها لم يكن هو المشهور المرجح"[1]، بناء على ما سبق يتضح لي أن اشتراط الإعفاء من المسؤولية لا يصح ، وأما القول بأن هناك مذاهب وآراء فقهية توسّع من دائرة

---

[1] المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقا، ٥٧٧/٢ وما بعدها.

الشروط العقدية، فالجواب عنه: أن هذه الدائرة لا تتسع لمثل هذا الشرط، حيث نرى المذهب الحنبلي وهو من أوسع المذاهب فيما يتعلق بمسألة الشروط يقول ببطلان مثل هذا الشرط[2]، إلا أنه يختلف مع المذاهب الأخرى في مسألة سريان البطلان إلى العقد حيث يرى صحة العقد وبطلان الشرط بخلاف بعض المذاهب الفقهية.

٣- أن عبارات الفقهاء تظافرت في تأكيد هذا الأمر ألا وهو عدم صحة شرط الإعفاء ومن ذلك ما جاء في الشرح الكبير للدردير: "ولو شرط الصانع نفي الضمان يفسد العقد بالشرط المذكور"، وعلق الدسوقي على ذلك بقوله: "لأنه شرط مناقض لمقتضى العقد"(3)، جاء في المغني: "وإن شرط نفي الضمان لم يسقط...، فكل عقد اقتضى الضمان، لم يغيره الشرط..، وإسقاط الضمان ههنا نفي للحكم مع وجود سببه"[4]، وقد تكرر بطلان اشتراط الضمان حتى تقرر قاعدة: أن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط.

٤- أن المحكّم الذي يشترط الإعفاء يضع نفسه في موقف محرج، ذلك أن من شأن طرح أو إثارة هذا الموضوع أن يدفع الأطراف إلى إعادة تقييم هذه الثقة في الوقت الذي يكون فيه المحكّم بحاجة إلى استقطاب كل ثقة الأطراف به، كما أن مثل هذا الشرط هو

---

(2) وهو المذهب كما نص على ذلك المرداوي في الإنصاف، ١٥/٨٨ .

(3) حاشية الدسوقي، ٤/٢٩.

(4) المغني، ٧/٣٤٢.

حقيقته شرط مقتضاه: أن يبذل المحكّم في ممارسته لمهمته حرصاً أقل مما تفرضه القواعد المهنية وهذا مما لا يصح. والله أعلم.

المبحث الثاني: آثار مسؤولية المحكّم في النظام:

تمهيد: للعقد قوة ملزمة فيجب على المحكّم تنفيذ ما التزم به، إذ أن الأصل أن يوفي كل عاقد بالتزاماته مختاراً وإلا أكره على وفائها بالقوة الجبرية ما دام الوفاء الجبري ممكناً ومحققاً للغاية منه دون مساس بحريته الشخصية ودون إعنات، فإذا تعذر على الدائن أو المحكّم الحصول على تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً كان المدين مسئولاً مسؤولية عقدية عن الأضرار التي يسببها للدائن عن عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد، وحق للدائن أو المحكّم أن يقتضي التنفيذ بمقابل أي يقتضي تعويضاً يقوم مقام التنفيذ العيني، ولكن إذا كان للدائن الحق في اقتضاء التعويض فما هي الأسس العامة للتعويض عن خطأ المحكّم، هذا ما سنعرفه من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: التعويض عن الضرر وفيه الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف التعويض في النظام: هناك عدة تعريفات للتعويض إلا أن أشملها وأقربها للمعنى المراد تعريفه بأنه: "جبر الضرر الذي لحق المصاب"[1].

الفرع الثاني: كيفية التعويض: التعويض إما أن يكون تعويضاً عينياً أو تعويضاً بمقابل وهذا المقابل إما أن يكون نقدياً أو غير نقدي، وبيان هذه الطرق على النحو التالي:

---

[1] سليمان مرقس، مرجع سابق، ص٤١٩.

١- **التعويض العيني**: وهو التعويض الذي يمكن أن يحقق للمضرور ترضية من جنس ما أصابه من ضرر بطريقة مباشرة من غير الحكم له بمبلغ من النقود[1]، وهذا النوع من التعويض شائع الوقوع في المسؤولية العقدية.

٢- **التعويض بمقابل**: قد يتعذر التنفيذ العيني لاستحالة التنفيذ وبالتالي يتم اللجوء على التعويض بمقابل وهو إما أن يكون نقدياً أو غير نقدي، **فالتعويض النقدي**: يكون محله مبلغاً من النقود ويكون التعويض النقدي في صورة مبلغ إجمالي يعطى دفعة واحدة أو مقسطاً حسب الظروف، أما **التعويض غير النقدي**: فهو ما ليس محله مبلغاً نقدياً كما في دعاوى السب والقذف بنشر الحكم الصادر في الصحف مثلاً، أو كفسخ العقد حيث يطلب الدائن من المدين الذي لم يوف بالتزامه بتنفيذ العقد أو بفسخه، فنشر الحكم أو طلب الفسخ يمكن اعتبارهما وسيلة للتعويض غير النقدي، ويقول الشراح في هذا الشأن إن مثل هذا التعويض لا هو بالعيني ولا هو بالمالي ولكنه أنسب ما تقتضيه الظروف في بعض الأحوال، فهو تعويض غير نقدي لأن الملحوظ منه المعنى الذي يتضمنه[2].

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقدير التعويض ووقت ذلك: يتمتع القاضي بسلطة التقدير في حسم الدعاوى المدنية بما يراه مناسباً وخصوصاً إذا كان الأمر يتعلق بدعاوى التعويض، وهذه السلطة تتغير حسب نوع التعويض الذي قد يكون كاملاً وقد يكون عادلاً.

---

[1] سليمان مرقس ، مرجع سابق ، ص١٨٢.

[2] السنهوري ، مرجع سابق ، ١٣٥٥/١؛ سليمان مرقس ، مرجع سابق ، ص١٨٣.

وقد ذكر الشراح جملة من الأمور التي يجب على القاضي مراعاتها وهي: أن يكون التعويض بقدر الضرر المباشر ولا يشمل الضرر غير المباشر، وأن يكون شاملاً لما يعتبر ضرراً مباشراً، وأن يكون متوقعاً، كما أنه يجب أن يكون مقدار التعويض مساوياً لمقدار الضرر فلا ينقص ولا يزيد. وفيما يتعلق بوقت تقدير التعويض فإنه يتم التقدير وقت صدور الحكم القضائي ومعنى ذلك أن التطورات التي تطرأ على الضرر مدة الخصومة القضائية تدخل في الاعتبار عندما يصدر القاضي حكمه بالتعويض، فالتعويض حينئذٍ يقدر بقدر الضرر وقت الحكم سواء كان مادياً أم أدبياً[1].

---

(١) الوسيط في النظرية العامة للالتزام، حمدي عبدالرحمن، ١/٥٧٥ وما بعدها، الطبعة الأولى ١٩٩٩ ط/دار النهضة.

المطلب الثاني: الأسس العامة للتعويض عن خطأ المحكّم في النظام:

إذا تعذر على المحكّم تنفيذ التزامه يثبت للمحكّم الحق في طلب التنفيذ فإن لم يتمكن فيحق له طلب التنفيذ عن طريق التعويض، ويكون التعويض هنا تعويضاً عن عدم التنفيذ، وهو يقوم مقام التنفيذ ذاته، وإذا نفذ المحكّم جزءاً من التزامه دون الباقي، استحق المحكّم تعويضاً عن عدم التنفيذ الجزئي، كذلك إذا نفذ المحكّم التزامه متأخراً عن الموعد الذي كان يجب فيه التنفيذ كان ذلك بمثابة عدم التنفيذ الجزئي بشرط أن يترتب على التأخير ضرر على المحكّم ويجب لاستحقاق الأخير للتعويض شرطان وهما:

١- الإعذار: وهو طلب المحكّم من المحكّم تنفيذ التزامه في حالة تأخر الأخير في تنفيذه لهذا الالتزام.، فمجرد حلول أجل الالتزام ليس كافياً في جعل المحكّم ملزماً بالتنفيذ بل لا بد من الإعذار، ذلك أن المحكّم قد يسكت عن طلب التنفيذ عند حلول الأجل فيحمل ذلك منه محمل التسامح وأنه لم يصبه ضرر من تأخر المحكّم في تنفيذ التزامه، وقد رضي ضمناً بمد الأجل، لكن إذا لم يرضَ فعليه أن يشعر المحكّم عن طريق الإعذار.

٢- توافر أركان المسؤولية العقدية وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية وقد تقدم الحديث عنها مفصلاً، ويقع عبء الإثبات كما أسلفنا على عاتق المحكّم المطالب بالتعويض. وبناء على ما سبق: فإن عدم قيام المحكّم بتنفيذ التزامه بالمحافظة على ما تحت يده أو بذل العناية المطلوبة أثناء تناوله لملف القضية من تطبيق المبادئ القضائية ودراسة القضية دراسة وافية، أو تحقيق الغاية المرجوة كإصدار الحكم مسبباً وإيداعه في الوقت المحدد وبالشكل المطلوب، فإذا أخل

المحكّم بأي التزام من الالتزامات المطلوبة منه أو ارتكب عملاً من شأنه أن يرتب ضرراً ولو معنوياً على المحكّم كإفشاء أسراره، أو معاملته معاملة غير لائقة ونحو ذلك فحينئذٍ يحق للمحكّم المتضرر المطالبة بالتعويض، مع ملاحظة أن الضرر الذي يترتب عليه المسؤولية العقدية يشترط فيه أن يكون حالاً، مباشراً، ومتوقعاً، سواء أكان مادياً أو معنوياً، ولا يسأل المحكّم — من وجهة نظري — عن الضرر المباشر غير المتوقع، إلا إذا ثبت ارتكاب المحكّم للغش أو تعمد الخطأ أو كان خطؤه جسيماً، ووجه ذلك: أن المتعاقدين لم يتعاقدا إلا على ما يتوقعانه من ضرر، فالضرر غير المتوقع لا يدخل في دائرة التوقعات كما يقول الشراح، إلا أن قولنا به هنا مشروط بالأحوال المتقدم ذكرها، والقول بغير ذلك قد يؤدي إلى التعارض مع حسن النية في العقود، كما يسأل المحكّم عن الكسب الفائت، الذي فات تحقيقه على المحكّم بسبب خطأ المحكّم بالشروط السالف ذكرها، وقد يثور تساؤل عن كيفية تقدير القاضي للضرر في حالة تفويت فرصة سانحة؟ يمكن القول: بأن تقدير ذلك يتم إما من خلال نظر القاضي إلى الفرصة الضائعة على أنها تتضمن قيمة ذاتية خاصة بها، ويتحدد الضرر المترتب على فوات الفرصة في هذه القيمة، أو من خلال اعتبار الفرصة الضائعة وسيلة للوصول لكسب حقيقي، ومن ثم تحدد قيمة الضرر بهذا الكسب الاحتمالي، الذي كانت ستؤدي إليه الفرصة لولا ضياعها.

وصفوة القول: أن مبدأ التعويض في مسؤولية المحكّم يتضمن المصاريف التي تكبدها المحكّم وفق القواعد العامة في التعويض، مع مراعاة أنه إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص النظام فالقاضي هو الذي يقدره، ويشتمل التعويض ما لحق المدعي أو المتضرر من خسارة وما

فاته من كسب شريطة أن يكون ذلك نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به، فإذا لم يرتكب المحكّم غشاً أو خطأً جسيماً فلا يلتزم إلا بتعويض الضرر الناتج عن عدم تنفيذ الالتزامات العقدية.

المطلب الثالث: مدى جواز اشتراط المحكّم الإعفاء من المسؤولية في النظام:

قد يتفق المحكّم مع الخصوم على الإعفاء من المسؤولية أو على تحديد مداها قبل وقوع الضرر فهل يصح ذلك نظاماً ؟ لقد نصت المادة (٢١٧) من القانون المدني المصري على أنه: "يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم" ويتضح من هذا النص صحة اتفاق المحكّم مع الخصوم على الإعفاء من المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالتزام تعاقدي، في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم وعند استطلاع أنظمة التحكيم نجد أن هذا الموضوع مُثار فعلاً في تحكيمات موسسات التحكيم النظامية إلا أن طَرقهم لهذا الموضوع يأخذ أحد اتجاهين:

الاتجاه الأول: هناك موسسات تحكيم تجيز من خلال أنظمتها إعفاء المحكّم من أية مسؤولية فنجد مثلاً أن المادة (٣٤) من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية نصت على أنه: "لا يكون المحكّمون، والهيئة أو أعضاؤها، وغرفة التجارة الدولية أو موظفوها، ... مسئولين تجاه أيٍّ كان عن أي واقعة عمل أو امتناع يتعلق بأي تحكيم"، كما نصت المادة(٢٤) من نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي على أنه: "يتمتع رئيس وأعضاء مجلس الإدارة وأمين عام المركز وأعضاء هيئة التحكيم وأعضاء سكرتارية هذه الهيئة بالحصانات الآتية:

أ- الحصانة ضد أي إجراء قانوني وذلك عند ممارستهم لأعمال وظائفهم، إلا إذا قرر المركز التخلي عن هذه الحصانة بقرار من مجلس الإدارة.."، فيلاحظ على هذه النصوص أنها شملت مؤسسات التحكيم والمحكَّمين الذين تعينهم بالحصانة من دعاوى الضرر مطلقاً.

الاتجاه الثاني: بعض من أنظمة مؤسسات التحكيم تعفي المؤسسة والمحكَّمين من المسؤولية باستثناء الأخطاء المتعمدة أو المقصودة، فعلا سبيل المثال نصت الفقرة الأولى من المادة (٣١) من نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي على أنه: "لا تكون محكمة لندن للتحكيم مسئولة تجاه أي طرف عن أي عمل أو إغفال يتعلق بأي تحكيم حاصل وفقاً لهذا النظام، باستثناء ما إذا أثبت الطرف المعني أن العمل أو الإغفال جاء نتيجة لتصرف خطأ من قبل أحد الأشخاص، وذلك بعلمه وإدراكه فيكون عندها مسئولاً عن هذا العمل تجاه الطرف المعني"، كما نصت المادة (٣٦) من نظام مؤسسة التحكيم الأمريكية على أنه: "لا يجوز لأحد الأطراف ملاحقة المؤسسة الأمريكية للتحكيم أو المحكمين عن نتائج الأعمال أو الإغفالات المرتكبة خلال إجراءات تحكيمية جرى التحقيق فيها وفقاً لهذا النظام مع مراعاة أنه يمكن أن تكون المؤسسة الأمريكية للتحكيم أو المحكمين مسئولين تجاه أحد الأطراف عن نتائج الأخطاء المتعمدة أو المقصودة"، والذي يظهر أن الاتجاه الأول لا ينسجم وما يجب أن تهدف إليه المسؤولية العقدية، ذلك لأن من شأنها تحقيق غايتين: **الأولى:** غاية تعويضية تتمثل بتعويض المضرور على حساب المسئول.

والثانية: غاية تربوية تهدف إلى رفع مستوى الأداء لدى مؤسسات التحكيم والعاملين بها وإدراك أهمية دورهم في تحقيق العدالة والمصلحة العامة والقضاء على بوادر الإهمال واللامبالاة التي قد تتصف بها بعض مؤسسات التحكيم، و خاصة تلك التي تقرر حصانة مطلقة وتعفي نفسها والمحكمين العاملين بها من كل مسؤولية حتى من الأخطاء المتعمدة. إضافةً إلى أن هذا المسلك والذي أخذت به بعض أنظمة التحكيم لا ينسجم مع المبدأ المستقر قانوناً تنظيماً وقضاءً، والمتمثل في عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية في حالتي الغش والخطأ الجسيم، مما يؤكد أن الرأي الراجح في مدى جواز النص على الإعفاء من المسؤولية العقدية للمحكَّم من الناحية النظامية لا يكون معفياً مما قد يترتب من ضرر نتيجة الغش أو الخطأ الجسيم أو تعمد الخطأ، ذلك أن مثل هذا الإعفاء يسوغ سوء النية في إبرام العقود وتنفيذها، الأمر الذي يخالف النظام العام، وتُحرمه القاعدة التي توجب تنفيذ العقود بما يوجبه حسن النية، وعليه فيكون شرط الإعفاء المطلق لا غياً ويبقى العقد قائماً دون شرط الإعفاء[1].

المبحث الثالث: المقارنة بين الفقه والنظام:

بعد بيان آثار مسؤولية المحكَّم في الفقه والنظام يتبين ما يلي:

١- اتفاق الفقه والنظام على وجوب التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه، فإذا أخل المحكَّم بالتزامه بالمحافظة على ما تحت يده، أو أساء استعماله، أو لم يبذل العناية المطلوبة في

---

[1] السنهوري، مرجع سابق، ص٦٧٩.

دراسة القضية دراسة وافية، أو تأخر في إصدار الحكم أو إيداعه أو أصدر حكماً بلا تسبيب ونحو ذلك فإنه يكون محلاً للمسؤولية العقدية، ومن ثم يمكن القول: بأن الفقه والنظام يتفقان على أنه يشترط لاستحقاق التعويض أن يكون هناك إخلال بالالتزام المترتب على عاتق المحكَّم، وأن يترتب على هذا الإخلال ضرر بالطرف الآخر.

٢- اتفاق الفقه والنظام من حيث نطاق التعويض، فقد قررنا أن الفقه الإسلامي يقول بالتعويض عن الضرر المادي باتفاق، أما الضرر المعنوي والكسب الفائت ففيه خلاف وقد قررنا جواز التعويض عن الضرر المعنوي والكسب الفائت مع تدعيم ذلك بالأدلة الشرعية وقد وجدنا أن التعويض في النظام يشمل كل هذه الأنواع، أما التعويض عن الضرر المستقبل فإن الفقه الإسلامي يرى جواز التعويض عنه في حالة كونه محقق الوقوع كما أسلفنا، أما إذا لم يكن محقق الوقوع فإنه لا يجوز التعويض عنه لأن الضمان جبر والجبر يستدعي الفوات فدل على أنه لا بد من تحقق الفوات والضرر، من أجل صحة الحكم بالضمان كما بينا سابقاً أما في النظام فإنه لم يُفرق من حيث التعويض بين كونه مؤكد الوقوع أو محتمل الوقوع إذ يقول بالتعويض في كلتا الحالتين، إلا أن رأي الفقه الإسلامي هو الأقوى لأن فيه ضماناً لحق المتضرر أو الدائن، وعدم تحميله أي خسارة نتيجة تعدي المحكَّم، كما فيه ضمانه لحق المحكَّم في عدم تحميله ما لم يقع.

٤- يختلف الفقه عن النظام من حيث الطريقة التي يجبر بها الضرر أو كيفية أداء التعويض فنجد أن الفقه الإسلامي عندما يتمثل الضرر الناتج عن خطأ المحكَّم في عدم تنفيذ الالتزام أو في

التنفيذ المعيب، فإن التعويض يقوم ابتداءً على دفع ما اتفق عليه الطرفان، وفي حالة ترتب على خطأ المحكّم هلاك شيء أو قيمته، فإن المحكّم يلتزم برد مثل الشيء الهالك أو قيمته، أما جبر الضرر فى المسؤولية العقدية فيتمثل فى تعويض نقدى سواء تمثل الإخلال العقدى فى عدم تنفيذ الالتزام، أو في التنفيذ المعيب، ومن ثم فالتعويض في النظام يقتصر على أداء القيمة كتعويض عن الضرر الذي أصاب المتعاقد الآخر، لذا فإن التعويض في النظام أضيق نطاقاً من التعويض في الفقه من حيث كيفية أدائه.

٥- يختلف الفقه عن النظام من حيث أن العبرة في تقدير التعويض في الفقه هي قيمة الشيء الهالك بسبب الخطأ وقت التلف، أما في النظام فالعبرة في تقدير التعويض هي وقت صدور الحكم القضائي لا عند وقوع الخطأ وحدوث الضرر، ويتضح من ذلك: أن النظام ينظر للضرر وفق آخر مرحلة يكون عليها عند تقدير التعويض إذ أن التعويض يجب أن يكون بمقدار الضرر الذي وقع، وفي هذا مراعاة لحق المضرور وإزالة الضرر الواقع وفقاً للقاعدة الشرعية (الضرر يزال)، أما الفقه الإسلامي فهو إنما ينظر إلى وقت حدوث التلف باعتباره سبب وجوب الضمان، وقد يكون في ذلك مصلحة لصاحب الشيء الذي هلك فقد تكون قيمة الضرر وقت صدور الحكم أقل من قيمته عند حدوثه وبذلك لا يكون المدين قد أثرى على حساب المضرور، مما يجعل الرأي الفقهي هو الأوفر حظاً من حيث التطبيق.

٦- يختلف الفقه عن النظام من حيث جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية ففي حين يرى النظام جواز الاتفاق على الإعفاء من مسؤولية المحكّم إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم أو

الخطأ المتعمد، بينما يرى الفقه الإسلامي عدم جواز اشتراط مثل ذلك وهو الرأي الأقوى والأقرب لمبدأ العدالة، بحسبان أن المحكّم الذي يضع الأطراف كل ثقتهم فيه، يضع نفسه في موقف محرج عندما يطرح موضوع إعفائه من المسؤولية؛ لأن من شأن طرح مثل هذا الموضوع دفع الأطراف إلى إعادة تقييم هذه الثقة في الوقت الذي يكون فيه المحكّم بأمس الحاجة إلى جذب واستقطاب كل ثقة الأطراف به، مما يعود عليه بالنفع على المدى البعيد.

المبحث الرابع: الخلاف حول حصانة المحكَّم في النظام وموقف الفقه من ذلك:

تمهيد: يقوم المحكَّم بأداء وظيفة تشابه إلى حد ما تلك التي يؤديها القاضي، والتي تتمثل في حسم المنازعات وإنهاء الخصومات، هذا التشابه في المهمة دفع بعض التنظيمات إلى القول بحصانة المحكَّم قياساً على حصانة قاضي الدولة، في حين دفع البعض الآخر إلى رفض مبدأ الحصانة للمحكَّم، وبما أن الحديث حول مسؤولية المحكَّم، فقد رأيت من المناسب ذكر هذه المسألة، والتي ستتضح معالمها من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: بيان الخلاف حول حصانة المحكَّم وتحته الفروع التالية:

الفرع الأول: تأييد فكرة حصانة المحكَّم وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: في بيان معنى هذه الحصانة ومداها:

تعني فكرة الحصانة عدم جواز رفع دعوى المسؤولية تجاه المحكَّم، وتقوم فكرة الحصانة القضائية للمحكَّم، على أساس أنه لا يجوز مساءلة المحكَّم عن أي خطأ يرتكبه أثناء مباشرته لعمله، وإنما يسأل فقط عن أخطاء معينة، شأنه في ذلك شأن القاضي، وقد اختلف أصحاب هذا الاتجاه في تحديد مدى هذه الحصانة بين رأي يوسع الحصانة من أجل مصلحة المحكَّم وبين آخر يضيقها من أجل مصلحة الخصوم، **فالرأي الأول:** يقوم على مبدأ الحصانة المطلقة للمحكَّم من جميع الدعاوى التي قد ترفع عليه من قبل الخصوم، وينطوي هذا الاتجاه على انحياز متطرف لمصلحة المحكَّم نتيجة المهمة شبه القضائية التي يضطلع بها، بيد أنه من الحكمة عدم السير في هذا الاتجاه على إطلاقه نظراً للمساوئ التي يفضي إليها، ذلك أن المحكَّم مُكّن

من هذه الميزة بدعوى مهمته التي تستدعي الحماية وهي تستوجب الفصل بالدعوى عدلاً وإنصافاً فإذا لم يتوافر ذلك فيغدو المحكّم غير أهل للحصانة كما لو كان في عمله الخاطئ سيء النية أو محتالاً [1].

الرأي الثاني: يقوم على نبذ فكرة الحصانة المطلقة، ويدعو إلى الحصانة المشروطة أو المهذبة للمحكّم، ويرمي هذا الاتجاه إلى إصلاح عيوب الاتجاه الأول، فلا يستحق المحكّم الحصانة إذا ارتكب فعلاً بقصد الإضرار بأحد الخصوم، فهذا الرأي يدعو إلى نبذ فكرة تغليف المحكّم بالحصانة عن جميع أفعاله ويدعو إلى تمييز الأعمال القضائية عن التشريعية والإدارية والتنفيذية على أن المحكّم لا يستحق الحصانة المطلقة إلا عن أفعاله القضائية أما أفعاله الأخرى فلا يستحق الحصانة عليها إلا إذا كان حسن النية عند ارتكابها، إلا أن هناك صعوبات تعتري هذا الرأي، ذلك أنه ولئن كان يدعو إلى الحصانة المشروطة إلا أنه لم يحدد ما هي الأفعال التي يستحق عليها المحكّم الحصانة القضائية ورغم محاولته تدارك هذا العيب من خلال فصل المهام القضائية عن الإدارية والتنفيذية، إلا أنه فشل في إيجاد معيار أو حتى تعداد المهام القضائية التي يستحق المحكّم عليها الحصانة[2].

المسألة الثانية: في مصدر هذه الحصانة ومسوغاتها:

إن مصدر انبعاث الحصانة التي يتمتع بها المحكّم هو طبيعة المهمة الموكلة للمحكّم شبه القضائية، التي تستدعي تخليصه من أية مخاوف قد تساوره من احتمالات مقاضاته من الخصوم

---

(1) أحمد الملحم، مرجع سابق، ص٢٥٧.

(2) أحمد الملحم، مرجع سابق، ص٢٥٨ .

جراء الضرر الذي قد يصيبهم من إهماله، وليس العقد المبرم بينه وبين الخصوم بما حاصله تعاقده معهم على فهم ضمني مشترك بأنه خالي المسؤولية عن إهماله، مما يعني أن الخصوم قد أعفوا المحكّم من إهماله الجسيم أو حتى أفعاله الاحتيالية وهذا لا يمكن إقراره[1].

وأما مسوغاتها:

١- قياس المحكّم على القاضي: فالمحكّم يمارس وظيفة كتلك التي يمارسها القاضي، ومن هنا كان المحكّم مثل القاضي، فيجب أن تكون لديه القدرة على فض النزاع بشكل مستقل من غير رهبة من احتمال مقاضاته من قبل أحد الخصوم.

٢- أن في ذلك دعماً لقضاء التحكيم: فمساءلة المحكّم عن أي خطأ يقع منه في أثناء مباشرته لمهمته من شأنه أن يؤدي إلى إحجام المحكّم عن قبول المشاركة في حل المنازعات بدلاً من تشجيعه على مثل هذه المشاركة ، كما أن ذلك من شأنه أن يقوض الحكم التحكيمي عن طريق إعادة النظر في الدعوى[2].

الفرع الثاني: رفض فكرة حصانة المحكّم ومسوغات ذلك:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن المحكّم لا يتمتع بالحصانة التي يتمتع بها القاضي وبالتالي فإنه يسأل عن أي خطأ شأنه شأن أي شخص عادي، فهو يسأل إذا أخطأ وترفع عليه الدعوى بالإجراءات المعتادة لرفع الدعاوى العادية وتختص بها المحكمة طبقاً للقواعد العامة، **ومسوغات ذلك:** قالوا: نظراً للاختلاف بين المحكّم والقاضي، فعلى الرغم من التشابه بين

---

(1) المرجع السابق، ص٢٥٣.

(2) المرجع السابق، ص١٥٤.

القاضي والمحكَّم إلا أنه يوجد هناك فروق جوهرية تميز كلاً منهما عن الآخر، وقد سبق بيانها عند الحديث عن الفرق بين التحكيم والقضاء ولذا نحيل إليها؛ تفادياً للتكرار.

كما أن العملية التحكيمية تختلف عن العملية القضائية: فالعملية التحكيمية لا تخضع للضمانات نفسها التي تخضع لها العملية القضائية فبينما يمكن إلى حد ما الحد من أخطاء القضاء عن طريق تصحيح الخطأ من خلال الاستئناف، نجد أن العملية التحكيمية تفتقر إلى هذه الأمور التي تحيط بالعملية القضائية والتي تسوغ الحصانة القضائية للقضاة من المسئولية عن أخطائهم، بالإضافة إلى أن المحكَّم يتم اختياره من قبل الأطراف مما يجعل العملية التحكيمية أكثر ضعفاً من العلمية القضائية، ويمنح المحكَّم مجالاً أوسع لارتكاب الأخطاء وبالتالي يجب ألا يتمتع المحكَّم بالحصانة[1].

والذي يترجح هو القول بعدم حصانة المحكَّم من المسؤولية وذلك لما يلي:

١- أن قياس المحكَّم على القاضي قياس مع الفارق ذلك أن القاضي يخضع للمسؤولية المدنية وفق قواعد خاصة، فقد رسمت حالات يسأل فيها القاضي مدنياً على خلاف الفرد العادي، وأيضاً رسمت إجراءات معينة لخصومة قضائية لا تخضع لكل القواعد العامة، تسمى بدعوى المخاصمة، إضافةً إلى أن مسؤولية القاضي هي مسئولية شخصية تقع على عاتق القاضي في

---

(1) أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص١٣٥ ، ص١٥٤؛ حصانة المحكمين مقارنة بحصانة القضاة، عادل خير، ٩٥.

مواجهة الخصم الذي أصابه ضرر، ويجوز اختصام الدولة باعتبار القاضي تابعاً لها في نفس دعوى المخاصمة، وكل هذه القواعد والضمانات لا يستفيد منها المحكَّم[1].

٢- ليس من العدل أن يُترك المحكَّم ينعم بالمبالغ الباهظة التي تقضاها كأتعاب في مقابل التحكيم والتي تفرض عليه بحكم الواقع، مسلكاً حريصاً ومراعاة الثقة الشخصية التي أولاها له الخصوم، مما يعزز عدم منح الحصانة للمحكَّم من دعوى المسؤولية عن الضرر الذي يلحق بالأطراف، ويؤكد فكرة المسؤولية للمحكَّم كجزاء واقعي يعبر عن ضرورة احترام القيم الأخلاقية ويستجيب لنداء العدالة ويضمن سلامة مسلك المحكَّم.

٣- مما هو معلوم أن المحكَّم يتمتع بسلطات واسعة في خصومة التحكيم تفوق تلك التي يتمتع بها القاضي، قوامها ثقة الأطراف في عدله ونزاهته، وبمنح الحصانة لا يكون هناك ما يضمن عدالة المحكَّم أو يحول دون استبداده ولا سيما أن تدخل السلطة القضائية لرقابة عملية التحكيم لا يتم إلا في نطاق محدود مراعاة للطابع الرضائى واحتراماً للسرية التي يتميز بها نظام التحكيم، مما يعزز القول برفض فكرة الحصانة للمحكَّم، الأمر الذي يعزز العدالة الإجرائية ويحد من فوضى التسيب في العملية التحكيمية.

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من ذلك:

تبين لي من خلال المطلب السابق، أن مبدأ منح الحصانة للمحكَّم كان مثار جدل بين شراح الأنظمة، فقد دار الأمر بين مؤيد ومعارض، وقد رجحنا القول بعدم منح الحصانة

---

[1] أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص٧٥.

للمحكّم وفقاً للأسباب السالف ذكرها، وبقي في هذا المطلب أن نبين موقف الفقه الإسلامي من هذه القضية، فأقول: يرى الفقه الإسلامي أن المحكّم ليس في مأمن من سيف المسؤولية، فقد تظافرت نصوص الفقهاء في تأكيد هذا الأمر، وقد تقدم ذكر جملةٍ منها مما يغني عن الإعادة هنا، الأمر الذي يتأكد معه أن الفقه الإسلامي لا يرى تمتع المحكّم بالحصانة القضائية، فإن قال قائل: لماذا لا يعامل المحكّم معاملة القاضي المخطئ فإن تعمد الجور كان عليه الضمان، وإن لم يتعمد فلا ضمان عليه؟ والجواب عن ذلك: بالنسبة للحالة الأولى: فلا إشكال فيها، أما الحالة الثانية: وهي كونه غير متعمد للخطأ فإنه في هذه الحالة يعامل معاملة القاضي، إلا أنه ينبغي أن يلاحظ أنه ومع كونه يعامل معاملة القاضي فإن ذلك لا يعني أن يضيع حق المتضرر إذ أنه يجب أن يعوض المتضرر سواء من قبل المحكوم له أو من غيره يقول الكاساني: "وأما بيان حكم خطأ القاضي في القضاء فنقول: الأصل أن القاضي إذا أخطأ في قضائه، بأن ظهر أن الشهود كانوا عبيداً أو محدودين في قذف، أنه لا يؤاخذ بالضمان؛ لأنه بالقضاء لم يعمل لنفسه بل لغيره، فكان بمترلة الرسول فلا تلحقه العهدة، ثم ينظر إما أن يكون المقضي به من حقوق العباد، وإما أن يكون من حقوق الله – عز وجل – خالصاً، كالقطع في السرقة، والرجم في زنا المحصن، فإن كان في حقوق العباد، فإن كان مالا – وهو قائم – رده على المقضي عليه؛ لأن قضاءه وقع باطلاً، ورد عين المقضي به ممكن، فيلزمه رده؛ لقول النبي عليه الصلاة والسلام {على اليد ما أخذت حتى ترده}. ولأنه عين مال المدعى عليه، {ومن وجد عين ماله فهو أحق به}، وإن كان هالكا فالضمان على المقضي له؛ لأن القاضي عمل له

فكان خطؤه عليه؛ ليكون الخراج بالضمان؛ ولأنه إذا عمل له فكان هو الذي فعل بنفسه، وإن كان حقا ليس بمال، كالطلاق والعتاق بطل؛ لأنه تبين أن قضاءه كان باطلاً، وأنه أمر شرعي يحتمل الرد فيرد، بخلاف الحدود والمال الهالك؛ لأنه لا يحتمل الرد بنفسه فيرد بالضمان، هذا إذا كان المقضي به من حقوق العباد. وأما إذا كان من حق الله - عز وجل - خالصا فضمانه في بيت المال؛ لأنه عمل فيها لعامة المسلمين؛ لعود منفعتها إليهم - وهو الزجر - فكان خطؤه عليهم؛ لما قلنا فيؤدى من بيت مالهم، ولا يضمن القاضي؛ لما قلنا، ولا الجلاد أيضا؛ لأنه عمل بأمر القاضي، والله سبحانه وتعالى أعلم"[1].

---

[1] بدائع الصنائع، للكاساني، ٧/١٧.

المبحث الخامس: المحكمة المختصة بنظر دعوى مسؤولية المحكّم:

بعد العرض السابق لقواعد وأسس مسؤولية المحكّم يطرح تساؤل ألا وهو: ما هي المحكمة المختصة بنظر دعوى المسؤولية التي ترفع على المحكّم، وقد سبق القول أن الباحث يواجه مشكلة الفراغ التنظيمي، ومشكلة شح المراجع المتخصصة، مما يدفع الباحث في هذا المقام إلى ضرورة الاسترشاد بالقواعد العامة المتعلقة بالاختصاص القضائي، من أجل الاستعانة بها على إشكاليات البحث فأقول: بناء على أن الدعوى التي ترفع ضد المحكّم هي في الغالب دعوى تعويض جراء ما يلحق المدعي من أضرار، وبالتالي يمكن القول بأن هذا الحق هو حق مدني، مما يدفعنا للقول بأن الاختصاص بنظر دعوى المسؤولية في المملكة منعقد للمحكمة العامة، و هذا الاختصاص ينعقد وفقاً للضوابط التالية:

أولاً: إذا كان المحكّم سعودياً ولو لم يكن له محل إقامة عام أو مختار في المملكة.

فبناء على هذا الضابط تختص المحاكم العامة في المملكة بدعوى المسؤولية ضد المحكّم في جميع الأحوال التي يكون فيها المحكّم متمتعاً بالجنسية السعودية، حتى ولو كان اتفاق التحكيم قد ابرم خارج المملكة، لأن الضابط المعتمد في هذا الفرض هو جنسية المدعى عليه (المحكّم) بغض النظر عن أي ضابط موضوعي يتعلق بالمنازعة، فتقام الدعوى على المحكّم السعودي أياً كان موطنه داخل المملكة أو خارجها حتى ولو لم يعرف له محل إقامة عام يسكنه على وجه الاعتياد أو مختار يحدده في المملكة لتلقي التبليغات والإخطارات وحتى لو لم يكن له عنوان معروف داخل المملكة أو خارجها فتسمع عليه الدعوى غيابياً، فإذا كان للمدعى عليه أكثر

من سكن في المملكة فللمدعي إقامة دعواه في إحدى هذه البلدان، كذلك إذا لم يكن للمدعى عليه (المحكّم) محل إقامة في المملكة فللمدعي إقامة دعواه في محكمة إحدى المدن الرئيسية بالمملكة، أما إذا كان المحكّم السعودي يقيم خارج المملكة، إلا أن له محل إقامة لعائلته أو يأوي إليه في بعض الأحيان، فتُقام الدعوى عليه في ذلك المحل، فإن لم يكن ذلك وكان له محل إقامة مختار أقيمت الدعوى عليه فيه[1]. وقد يعترض البعض بأن هذا الضابط يفتقر إلى عنصر أساسي وهو عنصر الرابطة الفعلية بين موضوع التراع والدولة، كما أنه قد يودي إلى تحقيق مصلحة للمدعي أو إرهاق لا مبرر له بالنسبة للمحكّم المدعى عليه إذا كان مقيماً خارج المملكة، والجواب عن ذلك: هو أن تمتع المحكّم بجنسية موطنه يكفي وحده لعقد الاختصاص لمحاكم دولته التي يتبع لها بصرف النظر عن أي صفة أخرى سواء في المدعي أو في موضوع التراع.

ثانياً: إذا كان المحكّم المقامة ضده الدعوى أجنبياً وله محل إقامة عام أو مختار في المملكة.

فتختص المحاكم العامة في المملكة بنظر الدعاوى التي ترفع على المحكّم غير السعودي الذي له محل إقامة عام يسكنه في المملكة على وجه الاعتياد أو مختار، على أن يعين المدعى عليه مكاناً في المملكة يبلغ فيه بالأوراق القضائية، كما يدخل في ذلك إذا كان للمحكّم محل

---

(1) انظر: الكاشف في شرح نظام المرافعات السعودي، لعبدالله بن محمد آل خنين، ١/١٣٨.

سكن في المملكة يسكنه مدةً من العام، أو كان له فيه عائلة أو أعمال، أو محل يدير عمله فيه[1].

ثالثاً: اختصاص محاكم المملكة بنظر دعوى المسؤولية في حالة تعدد المحكَّمين، إذا كان لأحد المحكَّمين محل إقامة في المملكة.

الأصل هو عدم اختصاص محاكم المملكة بنظر دعوى المسؤولية المقامة على محكَّم ليس له محل إقامة في المملكة، لعدم توافر أي ضابط اختصاص قضائي في حقه، وبالرغم من ذلك، فإن الاختصاص يمتد إلى الدعوى نظراً لأن هناك مدعى عليه آخر في نفس الدعوى قد توافر ضابط الاختصاص في حقه، فمتى كان لأحد المحكَّمين محل إقامة عام أو مختار في المملكة فإن الاختصاص القضائي بنظر الدعوى ينعقد لمحاكم المملكة.

رابعاً : اختصاص محاكم المملكة بنظر الدعوى استناداً لاتفاق التحكيم .

فتختص محاكم المملكة بنظر الدعوى إذا كانت المملكة هي محل نشوء الالتزام ويتحقق ذلك إذا ابرم اتفاق التحكيم في المملكة أو كانت الواقعة المنشئة للالتزام قد حدثت في المملكة كأن يحدث الضرر في المملكة مثلاً، فالالتزام قد ينشأ من عقد أو من فعل ضار، ومع ذلك فإنه لا يشترط أن ينشأ الالتزام في المملكة لعقد الاختصاص لمحاكمها، وإنما يكفي أن ينفذ الالتزام في المملكة إذا كان قد نشأ في الخارج ويحدث ذلك على سبيل المثال إذا كان إبرام اتفاق التحكيم في الخارج وتم اتخاذ المملكة مقراً للتحكيم، إذ في هذا الفرض يتعين على المحكَّم

---

[1] المرجع السابق، ١/ ١٤١.

أن ينفذ الالتزامات الاتفاقية والنظامية المتعلقة بمهمة التحكيم في المملكة، وتنفيذ الالتزام في المملكة يعد ضابطاً موضوعياً، فيكفي أن يكون هناك اتفاق على تنفيذ الالتزام العقدي في المملكة حتى ولو لم ينفذ الالتزام إذ أن وجود مثل هذا الاتفاق يجعل لمحاكم المملكة صلة بالنزاع الذي يثور بصدد هذا الالتزام، مما يعزز القول بأن الاختصاص ينعقد لمحاكم المملكة باعتبارها محاكم محل الالتزام لأن نشأة الالتزام أو تنفيذه فيها يبرز الرابطة الإقليمية القائمة بين الدولة والدعاوى المتعلقة بهذا الالتزام مما يبرر الاختصاص القضائي بها.

خامساً: اختصاص محاكم المملكة بنظر الدعوى إذا قبل المحكّم ولايتها صراحة أو ضمناً.

فمتى ما قبل المحكّم ولاية محكمة من محاكم المملكة انعقد الاختصاص بها ، وقبول المحكّم يكون صراحة، كأن يوجد اتفاق مكتوب بين الأطراف على عقد الاختصاص لمحاكم المملكة وغالباً ما يتمحور هذا الاتفاق في صورة بند في العقد الأصلي، أما القبول الضمني: فيتحقق عند قيام المدعي برفع الدعوى أمام محاكم المملكة، والمحكّم يسمع الدعوى ويجيب عليها ولا يدفع بعدم الاختصاص في الجلسة الأولى، وهذا الموقف لا يفسر إلا على أنه قبول ضمني لاختصاص محاكم المملكة[1]. والله أعلم.

---

[1] المرجع السابق، ١/ ١٥٤.

المبحث السادس: الجزاءات القابلة للتطبيق على المحكّم دون الحاجة إلى رفع دعوى المسؤولية:

تمهيد: هناك بعض الجزاءات التي يُكتفي بإيقاعها على المحكّم دون الحاجة إلى مشقة اللجوء إلى رفع دعوى المسؤولية، وصور هذه الجزاءات تتضح من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: رد المحكّم:

تقدم الحديث مفصلاً عن رد المحكّم، ومحل الحديث في هذا المطلب ينصب على كون الرد ضمانة مهمة للخصوم، إذ أن الرد يعد جزاءً وقائياً لأنه يمنع الإخلال بواجبات المهمة التحكيمية في المستقبل، ولا شك أن نظام الرد يهدف إلى توفير نوع من التوازن بين حماية المحكّم من جهة وبين توفير الأسلوب النظامي المناسب لحماية الخصوم من جهة أخرى إذا ما تبين لهم أسباب من شأنها التأثير على حياد أو استقلال المحكّم بعد اختياره وأثناء سير خصومة التحكيم، ويعد الرد عقوبة أدبية وطبيعية لافتقاد المحكّم شرط الحياد والاستقلال، ومع كون الرد جزاء فعالاً يضمن حماية المحتكم بصفة وقائية ضد خطر تحيزه وعدم استقلاله إلا أن ممارسة المحتكم لهذا الحق يجب أن يتم في إطار ضوابط معينة، ويجب ملاحظة أن قبول طلب رد المحكّم قد لا يكفي لجبر جميع الأضرار التي أصابت المحتكم إذا كان المحكّم قد أخفى الأسباب التي تبرر رده بالإضافة إلى أنه لم يتنح بإرادته مما أجبر المحتكم على اللجوء إلى القضاء، وفي

هذه الحالة يكون للمضرور أن يرفع دعوى التعويض ضد المحكّم للمطالبة بتعويض الأضرار التي أصابته من مسلكه الخاطئ[1].

المطلب الثاني: عزل المحكّم:

تقدم الحديث مفصلاً عن عزل المحكّم ومحل الكلام في هذا المطلب ينحصر في كون العزل جزاء رادعاً للمحكّم، والعزل جزاء معترف به بالإجماع، إذ أن المحكّم يرتبط مع الخصوم بعقد ملزم للجانبين، وفي حالة إخلال المحكّم بالالتزامات المفروضة عليه، فإن ذلك يعني عدم تنفيذ الالتزامات من جانبه وبالتالي يجوز للطرف الآخر المضرور أن يفسخ العقد، وفسخ العقد يعني عزل المحكّم - برضا الأطراف- من الاستمرار في القيام بأداء المهمة المعهودة إليه، وبالرغم من وجاهة هذا الجزاء إلا أنه ينبغي عدم التحمس له ويرجع ذلك إلى أن المنظم لم يتطلب أكثر من اتفاق الخصوم على عزل المحكّم دون حاجة إلى اشتراط ارتكاب خطأ معين، وهذا هو الصواب حيث أن اختيار المحكّم يقوم على مجرد الثقة الشخصية ولذلك يكون من المنطق أن نعطي الأطراف الحق في عزله إذا ما انهارت هذه الثقة ولو لم يصدر خطأ واضح من المحكّم، فالمنظم تطلب لإعمال ذلك شرطاً جوهرياً وهو أن يتم ذلك باتفاق جميع الخصوم ولكن لا يجوز أن يحدث ذلك في أي مرحلة يكون عليها النزاع مع مراعاة أن يتم ذلك قبل قفل باب المرافعة ما لم يكن سبب العزل راجعاً إلى تراخي المحكّم أو امتناعه عن إصدار الحكم، وتتمثل النتيجة الطبيعية للإقالة أو العزل في زوال كافة السلطات التي كان يتمتع بها

---

[1] أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص١٦٨- ١٧٠.

المحكّم ويمتنع عليه الاستمرار في نظر النزاع غير أن إقالته لا تؤثر على ما أصدره من أحكام أو ما تم من إجراءات صحيحة تتعلق بالخصومة قبل العزل، وإقالة المحكّم قد لا تكفي وحدها لجبر جميع الأضرار التي أصابت الخصوم من جراء السلوك الخاطئ للمحكّم، ولذلك يتعين السماح بملاحقة المحكّم عن طريق دعوى المسؤولية[1]، وينبغي ملاحظة أن هناك فارقاً بين مسألة عزل المحكّم ومسألة رده، يتمثل ذلك في أن المحكّم عند توافر حالة من الحالات التي يجب عليه إن لم يعتزل نظر النزاع، أن يعزل ويفقد وبصورة مطلقة وتلقائية صلاحية نظر النزاع؛ مما يستتبع أن يكون حكمه باطلاً حتى ولو تم تمييزه وحتى لو اتفق الخصوم على صحته وأقروا بحجيته، أما في حالات الرد فإن للخصوم أو أحدهم الحق في طلب تنحية المحكّم، وإذا لم يطلب الخصوم أو أحدهم ذلك مع علمه بتوافر إحدى تلك الحالات التي تعطيه هذا الحق فإن حكم المحكّم يكون صحيحاً ويصبح نهائياً متى ما اكتسب هذه الصفة ولا يجوز التمسك ببطلانه، هذا إذا لم يشعر المحكّم من تلقاء نفسه المتخاصمين بقيام إحدى حالات الرد ويطلب من الجهة المختصة أو من الخصوم تنحيته عن نظر النزاع، أما إذا أشعر المحكّم الخصوم بذلك فإن من حقه أن يتنحى عن النظر أو مواصلة النظر في النزاع إذا لم يعارضوا ولا يكون عليه أدنى مسؤولية إن هو فعل ذلك[2]. كما يفترق الرد عن العزل في أن الرد لا يكون إلا في حالة عدم استيفاء المحكّم للشروط المطلوبة فيه كقاضٍ، كشرط الحيدة والاستقلال مثلاً، كما أنه لا يشترط في الرد اتفاق الخصوم ولكن يكفي أن يطلب أحدهم ذلك تكشف له سبب الرد بعد

---

(1) المرجع السابق، ص١٧٠ وما بعدها.

(2) البحاد ، مرجع سابق ، ص١٥٧.

تعيين المحكَّم، أما العزل فيشترط لتنفيذه اتفاق جميع الخصوم كما أن مجاله أكثر اتساعاً، إذ أن العزل لا يقتصر على الحالات التي ورد النص عليها في النظام، وإنما يجوز أن يلجأ إليه في جميع الحالات التي يقصر فيها المحكَّم عن أداء الالتزامات المفروضة عليه[1].

المطلب الثالث: إنهاء مهمة التحكيم:

إذا تعذر على المحكَّم أداء مهمته أو إذا لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يودي إلى تأخير لا مبرر له في إجراءات التحكيم فهل يجوز للمحكمة المختصة الأمر بإنهاء مهمة المحكَّم؟ لقد ذهبت بعض أنظمة التحكيم العربية إلى إنهاء مهمة التحكيم والحالة هذه، أما نظام التحكيم السعودي فقد كان له رأي آخر في هذه الشأن حيث خالف ما ذهب إليه بعض أنظمة التحكيم السابقة، فقد حكم ببقاء اتفاق التحكيم قائماً ومنتجاً لآثاره، وجعل الأمر
أنظمة التحكيم السابقة، فقد حكم ببقاء اتفاق التحكيم قائماً ومنتجاً لآثاره، وجعل الأمر
دائراً بين نظر الموضوع من قبل الجهة المختصة أو مد الميعاد لفترة أخرى[2]، لكن إذا تعلق الأمر برد المحكَّم أو عزله، وتم تقديم طلب من قبل الخصوم لرد المحكَّم فعلى القاضي المختص أن يفصل في الموضوع فإذا ما بدا له أن أسباب رد المحكَّم التي قدمها الخصم جدية فإنه يحكم بقبول طلب رد المحكَّم وبناء عليه ترفع يد المحكَّم عن نظر النزاع أو مواصلة النظر إذا كان سبب الرد لم يظهر إلا في مرحلة لاحقة لبدء الفصل في النزاع، وإذا صدر الحكم بكف يد المحكَّم فإنه لا يجوز للمحكَّم أن يطعن فيه بالاستئناف، كما يترتب على ذلك أن يقوم الخصوم بتعيين محكَّم آخر وفي حالة عدم اتفاقهم تقوم الجهة المختصة بنظر النزاع بتعيين محكَّم

---

[1] أبو العلا النمر ، مرجع سابق ، ص١٧٢.

[2] انظر المواد(٩) و(١٣) و(١٤) من نظام التحكيم السعودي.

بديل[1]، ويظهر أن أهمية هذه الوسيلة كجزاء على إخلال المحكّم بالتزاماته ترجع إلى أنها تسمح بتدخل القضاء لرقابة مشروعية الأسباب التي يستند عليها أحد الأطراف في طلب معاقبة المحكّم وإنهاء مهمته، وهو الأمر الذي يحول دون تعسف أحد الأطراف في إنهاء مهمة المحكّم بلا مبرر حدي وتعطيل سير خصومة التحكيم إضراراً بالطرف الآخر[2].

المطلب الرابع: الحرمان من الأتعاب:

ينعم المحكّم بمبالغ باهظة يتقاضاها من قبل الخصوم كأتعاب في مقابل التحكيم وهذه الأتعاب تفرض على المحكّم بحكم الواقع، سلوك مسلك الحرص ومراعاة الثقة التي حصل عليها من قبل الخصوم، إلا أنه في حالة ثبوت أي خطأ في مسلك المحكّم، وترتب عليه حصول ضرر على الخصوم، فإن المحكّم والحالة هذه لا يستحق الأتعاب المتفق عليها، بل إن بعض أنظمة التحكيم، ألزمت المحكّم برد الأتعاب التي تقضاها، وفي اعتقادي أن استخدام سلاح الحرمان من الأتعاب قد يكون كافياً لردع المحكّم عن مجرد التفكير في ارتكاب ما قد يضر بالخصوم أو أحدهما، الأمر الذي قد يعزز التزام المحكّم بسلوك سليم أثناء مباشرته لعملية التحكيم.

والله أعلم.

***

[1] البحاد، مرجع سابق، ص١٦٣.

[2] أبو العلا النمر، مرجع سابق، ص١٧٤.

الخاتمة والتوصيات

الحمد لله على ما من به من إتمام هذا البحث ، وأسأل الله تعالى أن يجعله عند حسن ظن من قرأه أو سمعه ، وأن يحسن العاقبة ويغفر الزلل .

وفي ختام هذا البحث أذكر أبرز النتائج التي توصلت إليها ، ثم أعقب ذلك بذكر ما يرشد إليه البحث من توصيات ، وهي على النحو التالي :

١- تعرّف المسؤولية العقدية بأنها : التزام بتعويض عن الضرر الناتج عن الإخلال بالعقد سواء تم إبرامه بإرادتين أم بإرادة منفردة .

ويعرّف المحكّم بأنه : الحاكم الذي يتخذه الخصمان حاكماً برضاهما للفصل في خصوماتهما ودعواهما على الوجه الشرعي .

٢- التكييف الراجح لطبيعة علاقة المحكّم بالخصوم من ناحية فقهية هي كما يلي :

أ- إذا تم تعيين المحكّم من قبل القاضي ، فيرى الفقهاء – رحمهم الله – أن المحكّم في هذه الحالة يعتبر نائباً عن القاضي في فصل الخصومة ، لأن تدخل القاضي في تولية الحكم يضفي على الحكم سلطة لا يكتسبها بمجرد التحكيم ، وإنما يكتسبها من قبل الإمام .

ب- أما إذا تم تعيين المحكّم من قبل الخصوم فأرجح التكييفات الفقهية هو تكييفه على أنه عقد جعالة ، وذلك لأن عمل المحكّم فيه جهالة ،وهي تصح مع الجهالة بالعمل ، ولا يلزم تحديد مدة معلومة له ، والجهالة واللزوم متنافيان لا يجتمعان ، كما أن العقد المطلق غير المحدد بوقت لا يكون لازماً ، وكل هذه الأحكام المتحققة في عقد الجعالة تتناسب وطبيعة عقد التحكيم .

أما التكييف الراجح لطبيعة علاقة المحكّم بالخصوم في النظام : فهو تكييفه على أنه عقد من نوع خاص يتميز عن سائر العقود ، وهذه العلاقة وإن كانت تخضع للقواعد التي تنطبق على سائر العقود إلا أن ذلك لا ينفي أن لعقد التحكيم سماته الخاصة المستمدة من طبيعته ويخضع لقواعد خاصة به وضعها المنظم في نظام التحكيم ، ولا حاجة لمسايرة ما هو شائع والانضمام إلى محاولات تكييف العلاقة بقواعد تخص عقداً آخر كعقد الوكالة أو العمل أو نحو ذلك ، فهو عقد مسمى من عقود القانون الخاص ، يستفيد من القواعد

المنظمة للعقود في مراحل تكوينه ، كما أنه يستفيد من قواعد التقاضي أثناء العملية التحكيمية.

٣- يلتزم المحكّم بجملة من الالتزامات وهي كالتالي :

أولاً : التزامات قبل الشروع في مهمة التحكيم وهي كما يلي :

أ- الالتزام بالكشف عن الظروف التي تثير شكوكاً في استقلاله.

ب- الالتزام بتوثيق التحكيم ، وهو ما يعرف في النظام بالالتزام بقبول التحكيم كتابةً.

ثانياً : التزامات عند مباشرة مهمة التحكيم وهي كالتالي :

أ- الالتزام بالنطاق الموضوعي للتحكيم ، وذكرت أن للفقهاء في هذه المسألة اتجاهين :

الاتجاه الأول : يرى جواز التحكيم في كل شيء وهو مذهب الحنابلة وبعض الشافعية

والاتجاه الثاني : يرى جواز التحكيم في الأموال وما في معناها مما يجوز بذله والعفو عنه والصلح عليه ، ومنعوه في العقوبات مطلقاً ، وهو قول لبعض الحنفية ، والمذهب عند المالكية ، ووقع الاختلاف بين أصحاب هذا الاتجاه فيما عدا ذلك ، كالنكاح والطلاق والنسب واللعان ، فمنعه المالكية وبعض الشافعية وأجازه بعض الحنفية ، وذكر بعض العلماء ضابط في مسألة الاختصاص ألا وهو : كل حق اختص به الخصمان جاز التحكيم فيه ونفذ حكم المحكّم به .

ب- الالتزام بالفصل في النزاع القائم بين طرفي النزاع فقط .

ج- الالتزام بإدارة القضية وفقاً لأصول التقاضي .

د- الالتزام بعدم تفويض التحكيم أو السلطة المخولة له إلى الغير ، وإذا فوض المحكّم غيره بدون رضا الخصمين ابتداءً ، ورضي الخصمان بعد ذلك جاز ذلك ، لأن الإجازة اللاحقة هي بحكم الوكالة السابقة .

ثالثاً : التزامات في مرحلة إصدار الحكم وهي كالتالي :

أ- الالتزام بإصدار الحكم خلال المدة المحددة .

ب- الالتزام بتسبيب الحكم وإصداره وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية .

ج- الالتزام بتوثيق الحكم وإيداعه ، وتصحيح ما وقع فيه من أخطاء مادية .

رابعاً : التزامات عامة وهي كما يلي :

أ- الالتزام بالسرية .

ب- الالتزام بالمحافظة على ما تحت يده من مستندات تخص الخصوم وتتعلق بموضوع النزاع .

ج- التنحي عن القضية عند حصول موجبه .

٤- يتمتع المحكَّم بجملة من السلطات وهي كما يلي :

أولاً : في الفقه : فيتمتع المحكَّم بجملة من السلطات ومن أهمها : سلطة سماع كامل الدعوى وله أن يطلب من الخصوم تحريرها ، كما أن له استجواب الخصوم عن كل ما يكتنفه الغموض ، كما أن له رد شهادة من لم تثبت عنده شهادته ، وله القضاء بالنكول والإقرار ، وقد اختلف الفقهاء في بعض السلطات : كسلطة إحضار الخصوم ، إلا أن الرأي الراجح هو الرأي الجمهور والذي يقضي بعدم جواز إجبار الخصوم على الحضور منعاً لخرق أبهة الولاية ، أو الافتيات على الإمام ، كما اختلفوا أيضاً في سلطته في تأديب من أساء في مجلسه ، والرأي الراجح جمعاً بين القولين: أن للحكم تأديب من أساء في مجلسه باللوم والتوبيخ فقط ، أما ما زاد عن ذلك فليس له ذلك منعاً لمضاهاة القاضي واختلفوا في الحكم بعلمه ، والرأي الراجح هو القول بعدم الجواز .

ثانياً : في النظام : يتمتع المحكَّم بجملة من السلطات التي نص عليها النظام وهي كالتالي :

أ- سلطة تحديد ميعاد الجلسات ، وسلطة طلب حضور الخصوم .

ب- سلطة ضبط الجلسة وإدارتها ، وتوجيه الأسئلة إلى المحتكمين أو الشهود ، و إخراج من يخل بنظام الجلسة .

ج- للمحكَّم سلطة إلزام الخصوم بتقديم ما تحت أيديهم من مستندات منتجة في الدعوى، وهذه السلطة ليست مطلقة بل مقيدة بشروط نص عليها النظام .

د- للمحكَّم سلطة في اتخاذ وسائل التحقيق المناسبة والتي يرى أن لها تأثيراً في سير الدعوى كما أن له سلطة في الاستعانة بالخبراء ، وله أيضاً سلطة في تحديد ميعاد صدور الحكم، وإعادة فتح باب المرافعة بعد قفله إذ اقتضى الأمر ذلك .

٥- يرد المحكَّم للأسباب ذاتها التي يرد بها القاضي ، فلا يجوز حكم المحكَّم بما فيه تهمة.

٦- إقرار مبدأ الرقابة على أعمال المحكّم ، واختلف الفقه عن النظام في آلية التطبيق فنجد أن الفقه الإسلامي يقر بمبدأ الرقابة اللاحقة ، والتي تتعلق بالحكم من ناحية موضوعية ومن ناحية إجرائية ،أما النظام فإنه يقول بمبدأ الرقابة السابقة واللاحقة على أعمال المحكّم.

٧- الرأي الراجح في مسألة مسؤولية المحكّم ، هو القول بإقرار مسؤولية المحكّم وعدم حصانته ضد دعاوى المسؤولية ، وهذا الرأي يتوافق وطبيعة عمل المحكّم ويساعده على الانضباط أثناء القيام بعمله ، وعليه فإن شرط الإعفاء من المسؤولية يعد شرطاً باطلاً.

٨- المعيار الراجح في قياس خطأ المحكّم هو المعيار الموضوعي القائم على طبيعة الفعل ذاته وهو الفعل الغير معتاد ، وذلك لأنه أكثر سهولة من حيث التطبيق من المعيار الشخصي. كما أن درجة خطأ المحكّم هي إقرار مسؤوليته عن جميع الأخطاء التي قد تقع منه كفرد عادي ، لأنه لا محل لاشتراط جسامة معينة في خطأ المحكّم طالما يشكل فعله انحرافاً عن السلوك المألوف ، وهذا الخطأ يأخذ صوراً عدة ووفق أي مرحلة من مراحل التحكيم . ويقع عبء إثباته على المدعي ، وله إثبات ذلك بكافة وسائل الإثبات .

٩- يتمثل ضرر المحكّم بالغير ،بالضرر المادي والذي يمس مصلحة مالية مشروعة للمتضرر وبالضرر المعنوي والذي يحدث في حالة إفشاء المحكّم لأسرار الخصوم ، كما يعد من قبيل الضرر المعنوي ، الشعور بالألم والإحباط جراء خسارة القضية بسبب خطأ المحكّم ، كما يعد تفويت الفرصة ضرراً ، متى ما ثبت أن فقدان المال كان بسبب ضياع الفرصة ، وتم التأكد من أن الفرصة كانت مؤكدة لكسب المتضرر للمال ، لولا ضياعها بسبب خطأ المحكّم ، ويشترط في ضرر المحكّم أن يكون ضرراً شخصياً ، وأن يكون ناتجاً عن المساس بمصلحة مشروعة للمضرور ، وأن يكون مؤكداً ومحققاً ، ويقع عبء إثباته على المدعي .

١٠- لا بد من توافر العلاقة السببية بين خطأ المحكّم والضرر ، فإذا توافرت رابطة السببية بين خطأ المحكّم والضرر الناتج عنه فإنه يكون مسئولاً وتنشغل ذمته بالضمان ، أما إذا انقطعت رابطة السببية بأن تكون هناك قوة قاهرة ، أو خطأ المتضرر ، أو خطأ الغير أو كان السبب غير منتج أو غير مباشر، فإن المحكّم لا يكون مسئولاً والحالة هذه. وللمحكّم نفي علاقة السببية استناداً للسبب الأجنبي ، وهو القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو خطأ المضرور ، ويقع عليه عبء إثبات السبب الأجنبي .

١١- يترتب على قيام مسؤولية المحكّم الجزاءات التالية :

أولاً في الفقه :

أ- زجر المحكّم ونهيه عن العود لمثل ذلك .

ب- تأديب المحكّم بما يراه الحاكم .

ج- النظر في مدى إنفاذ الحكم من عدمه .

د- تضمين المحكّم من ماله بسبب أخطائه .

ثانياً في النظام : أ - التعويض .

ب- رد المحكّم وعزله .

ج- إنهاء مهمة التحكيم .

د- الحرمان من الأتعاب .

١٢- فيما يتعلق بحصانة المحكّم فإن الرأي الراجح هو: عدم حصانة المحكّم من المسؤولية وذلك لما يلي:

أ- أن قياس المحكّم على القاضي قياس مع الفارق ذلك أن القاضي يخضع للمسؤولية المدنية وفق قواعد خاصة، فقد رسمت حالات يسأل فيها القاضي مدنياً على خلاف الفرد العادي، وأيضاً رسمت إجراءات معينة لخصومة قضائية لا تخضع لكل القواعد العامة، تسمى بدعوى المخاصمة، إضافةً إلى أن مسؤولية القاضي هي مسئولية شخصية تقع على عاتق القاضي في مواجهة الخصم الذي أصابه ضرر، ويجوز اختصام الدولة باعتبار القاضي تابعاً لها في نفس دعوى المخاصمة، وكل هذه القواعد والضمانات لا يستفيد منها المحكّم.

ب- ليس من العدل أن يُترك المحكّم ينعم بالمبالغ الباهظة التي تقضاها كأتعاب في مقابل التحكيم والتي تفرض عليه بحكم الواقع، مسلكاً حريصاً ومراعاة الثقة الشخصية التي أولاها له الخصوم، مما يعزز عدم منح الحصانة للمحكّم من دعوى المسؤولية عن الضرر الذي يلحق بالأطراف، ويؤكد فكرة المسؤولية للمحكّم كجزاء واقعي يعبر عن ضرورة احترام القيم الأخلاقية ويستجيب لنداء العدالة ويضمن سلامة مسلك المحكّم.

ج- مما هو معلوم أن المحكّم يتمتع بسلطات واسعة في خصومة التحكيم تفوق تلك التي يتمتع بها القاضي، قوامها ثقة الأطراف في عدله ونزاهته، وبمنح الحصانة لا يكون هناك ما يضمن

عدالة المحكّم أو يحول دون استبداده ولا سيما أن تدخل السلطة القضائية لرقابة عملية التحكيم لا يتم إلا في نطاق محدود مراعاة للطابع الرضائي واحتراماً للسرية التي يتميز بها نظام التحكيم، مما يعزز القول برفض فكرة الحصانة للمحكّم، الأمر الذي يعزز العدالة الإجرائية ويحد من فوضى التسيب في العملية التحكيمية.

١٣- تختص المحاكم العامة بالنظر في دعوى مسؤولية المحكّم ، لأن مضمون الدعوى هو المطالبة بحق مدني ، مما يؤيد القول باختصاص المحاكم العامة بنظر الدعوى .

وبعد هذه النتائج فإنني أوصي بما يلي:

١- بسبب خلو نظام التحكيم السعودي من أي نص بخصوص مسؤولية المحكّم ، فإنني أوصي بضرورة إعادة النظر في نظام التحكيم وتدعيمه بالنصوص الواضحة والصريحة فيما يتعلق بمسؤولية المحكّم بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية ، لأن في تقرير ذلك تشجيعاً للمتقاضين على الثقة بتحكيم المحكّم ومنح الثقة له ، و جعل المحكّم أكثر حرصاً وتحرياً للدقة .

٢- دعوة مراكز التحكيم العربية لمراجعة أنظمتها وتعديلها فيما يخص مسؤولية المحكّم بهدف جذب المتعاملين وتشجيع المحتكمين على اختيار مراكز التحكيم العربية

٣- ضرورة إعداد مشروع نظام استرشادي للتحكيم يتناول مسائل التحكيم برمتها وبالذات مسؤولية المحكّم .

٤- ضرورة إنشاء مركز إسلامي يهتم بالدراسات والبحوث المتعلقة بمسائل التحكيم نظراً لتزايد أهميته وكثرة اللجوء إليه في الوقت الحاضر.

٥- ضرورة إعداد دراسات أعمق بخصوص مسؤولية المحكّم ، وهذه الدراسة هي نواة ومقدمة لدراسات أوسع وأكبر من قبل الباحثين والمهتمين إن شاء الله .

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

فهرس الموضوعات